REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Números 100-101
octubre-diciembre 2016
enero-marzo 2017

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos

ESPAÑA
NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO
CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España
Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org
Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044
Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com
Impresión: STAGNO, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR EN FUNCIONES Y SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José Javier Castiella Rodríguez
D.ª Ana Fernández-Tresguerres García
D. José Manuel García Collantes
D. Francisco Javier García Más
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo (†)
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José Carlos Sánchez González

IN MEMORIAM

Rafael Núñez-Lagos.

Revista Jurídica del Notariado
Números 100-101
octubre-diciembre 2016
enero-marzo 2017

SUMARIO

IN MEMORIAM

Saluda del Presidente del Consejo General del Notariado 13
José Ángel Martínez Sanchiz

Rafael Núñez Lagos y la Revista de Derecho Notarial ... 15
Víctor M. Garrido de Palma

Rafael Núñez Lagos 17
José Luis Núñez-Lagos Roglá

Sobre la familia Núñez Lagos 23
Luis Núñez Boluda

ESTUDIOS DOCTRINALES

Rafael Núñez Lagos y el Notariado 27
Antonio Linage Conde

Escritura notarial e inscripción registral 69
Juan Bolás Alfonso

El derecho al documento público notarial 85
Adolfo Calatayud Sierra

El documento fehaciente de liquidación 117
Ubaldo Nieto Carol

La revocación de la donación por causa de ingratitud del donatario 187
Aurelia María Romero Coloma

Los regímenes económico matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas, en la Unión Europea 205
Francisco Javier García Más

En favor del beneficio de inventario (segunda parte) ... 225
Carlos Marín Calero

De nuevo sobre el testamento cerrado (testamento cerrado, testamento en formación) 373
Domingo Irurzun Goicoa

La intervención notarial en el testamento de Fernando el Católico: su análisis a través de los signos notariales 381
Alberto Sáenz de Santa María Vierna

Aproximación al significado actual del Derecho Mercantil en Europa 397
José Miguel Embid Irujo

La Sentencia AZIZ (TJUE C-415/11) y sus implicaciones para el régimen español de ejecución hipotecaria 439
Ana Fernández-Tresguerres García

El expediente notarial para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido (art. 208 L. H.): una oportunidad desaprovechada 515
Salvador Torres Escámez

Otro Código Europeo bicentenario (ABGB) 535
Gabriel García Cantero

Análisis de las regulaciones japonesas sobre el Registro de la Propiedad inmobiliaria, propiedad horizontal, arrendamientos urbanos y responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual desde la perspectiva del derecho español 597
Francisco Barberán Pelegrín

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda 635
Víctor Manuel Garrido de Palma

RECENSIONES

"**Derecho Privado Romano**" **de Antonio Fernández de Buján, Madrid, Iustel, 2016 (9.ª ed.), 605 pp.** 653
David López Jiménez

"Las asociaciones de consumidores y usuarios" **de M. T. Carrancho Herrero, prólogo de C. Rogel Vide, un vol. de 314 pp., Colección Derecho del Consumo, ed. Reus, Madrid, 2016** 663
José María de la Cuesta Sáenz

"*El contrato territorial para el desarrollo sostenible del medio rural*" de Pablo Amat Llombart y Rita Monfort Peris, ed. Aranzadi, 2016 (1.ª ed.), 319 pp. 669
Esther Muñiz Espada

"***Propiedad intelectual en las universidades públicas***". **Titularidad, gestión y transferencia. Vol. col., coord. R. de Román. Ed. Comares, Granada, 2016, 393 pp.** 673
Esther Muñiz Espada

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

"Negocios fiduciarios «cum amico» sobre acciones y participaciones sociales". Notas a una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de mayo y de 10 de junio de 2016) 679
Luis Hernando Cebriá

Domingo Irurzun, descanse en paz 711

IN MEMORIAM

SALUDA DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

José Ángel Martínez Sanchiz

Constituye para mí un gran honor celebrar el número 100 de la Revista Jurídica del Notariado, constituida en sus orígenes como Revista de Derecho Notarial.

Esta efemérides me ha llevado a revisar el primer número que salió a la luz en 1953 de la mano de ese gran maestro que fue y continúa siendo para todos nosotros Rafael Núñez Lagos. Fue un momento mágico para el Notariado español. Recordemos el segundo congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, nacida poco antes en Buenos Aires, bajo la dirección de Negri, pero con una partitura que había escrito el propio Rafael, que cuidó de darle el máximo impulso. Hoy aglutina a ochenta y siete países.

La revista quería ser una prolongación del "Arts Notariae", reconvertido en ciencia del Derecho Notarial. Se trataba según la redacción no de estudiar el pacto, materia propia del Derecho Civil, sino el pacto desde la cláusula escrituraria. Su originalidad radicaba en ese cambio de perspectiva. En su propósito se adivina la pluma de Rafael Núñez Lagos cuando esboza la idea de que el instrumento público no es un medio sino sobre todo una medida de valor. Y, en efecto, ese valor, la garantía de verdad y justicia, que son una misma cosa, y la firmeza del documento, han constituido tradicionalmente el empeño de todo notario, un objetivo que nos aboca en una misma dirección, que nos brinda una perspectiva notarial de las cosas. Y, por ello, sin merma de su continuidad, se optó por el nuevo nombre porque, a fin de cuentas, nuestra visión jurídica, conformada por el Derecho Notarial, se extiende a otros campos jurídicos, singularmente el Civil y el Mercantil. En aquel lejano primer número se recogía la defensa en la Cortes del dictamen sobre sociedades de responsabilidad limi-

tada, realizada por Maximino DE LA MIYAR Y DE LA MIYAR, Director General de los Registros y del Notariado, concluía del siguiente modo: "*Séame permitido para terminar, hacer presente a la Cámara que durante más de medio siglo, el Notariado español ha sabido dotar a la Economía y al Derecho de nuestra Patria, de una regulación total y completísima de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que ha funcionado maravillosamente sin un solo texto positivo.*"

Este es el espíritu que anima a la Revista y que durante muchísimos años, no siempre fáciles, supo mantener vivo, ese otro gigante, cuya ciencia solo es comparable con su generosidad, que es nuestro querido y admirado Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS.

La revista, como es natural, en tal dilatado período ha tenido y sobrevivido a sus crisis. En este sentido, quiero dejar constancia del agradecimiento que el Notariado debe a Víctor GARRIDO DE PALMA, que ha sabido continuar en el empeño y sumar su ejemplo al de los maestros antes invocados.

Por mi parte, además de felicitarme por la continuidad de la empresa, solo cabe impetrar la colaboración de todos nosotros para que el espíritu notarial siga latiendo en sus páginas y de esta manera aportando a la ciencia jurídica nuestra visión de las cosas tan pegada a la realidad y a las necesidades de la sociedad.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS Y LA REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Víctor Manuel Garrido de Palma

El Notariado español carecía de un medio de expresión adecuado a su alto nivel científico... A llenar este vacío viene hoy la Revista de Derecho Notarial.

Así comenzaba su Saludo el Director General de los Registros y del Notariado –y Notario de Bilbao– don Maximino de la Miyar, en el primer número de la RDN, julio-diciembre de 1953.

En los primeros meses de 2017 ve la luz el número 100 de la "Revista Jurídica del Notariado, antigua Revista de Derecho Notarial, fundada en 1953 por D. Rafael Núñez Lagos" como consta en sus primeras páginas.

La R. de D. Notarial se dedicará, como su título indica –expresaba el citado Director General– preferentemente al estudio del Derecho notarial, como un Derecho propio, del documento y de las formas, en donde se plasman y materializan los negocios jurídicos del Derecho sustantivo.

La actual R. J. del Notariado sigue poniendo el acento en los negocios jurídicos, y su documentación por el instrumento público, para a su vez profundizar en todas las figuras jurídicas del Derecho privado. El fin es el de obtener –como ha podido decirse con acierto– no solo una mayor seguridad jurídica sino también una mayor justicia documental.

El presente número CIEN constituye un homenaje a Rafael Núñez Lagos, lo que se prolonga en el número 101, ambos contenidos en el volumen.

Y termino, porque del fundador de la Revista Jurídica del Notariado va a hacer una semblanza su hijo José Luis, para finalizar Luis Núñez Boluda, Notario de Madrid, recordando a su tío y exponiendo

un apunte de su padre, Francisco Núñez Lagos, otra figura insigne del Notariado que, superados los cien años, sigue con nosotros.

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS

José Luis Núñez-Lagos Roglá

No sé si acertaré en hacer una semblanza de mi propio padre. Si perdiera la objetividad o se exagerara la magnitud del personaje, espero ser disculpado. Por eso escribiré por separado de su persona y de su obra, ya que de esta última podrá juzgar el lector imparcial.

La persona y la familia

Nace Rafael Núñez Lagos (los apellidos los unió en 1951, aunque nunca los usó unidos) el 7 de mayo de 1902 en Madrid. Asistió a la escuela en Alegría de Oria, de donde su padre, Francisco Núñez Moreno, era Notario. Apenas escuché comentario de su infancia, salvo el placer que obtenía de la lectura de la enciclopedia escolar que aprendió de memoria. Cursó la carrera de Derecho en Valencia, a donde le llevó la plaza de su padre, siendo alumno predilecto de Don José Castán. Contaba mi padre que al acabar el primer curso, Don José lo examinó oral y fue profundizando en las preguntas, llegando a abarcar todas las materias del Derecho civil (de había estudiado todos los tomos de su obra). Gratamente sorprendido, Don José le encargó del Seminario de Derecho Civil del que se ocupó hasta el final de su carrera y aprovechó para documentarse en la Revista General de Derecho, base de su formación jurídica. Su brillantísima carrera hizo a Don José Castán calificarlo como "honor de las Aulas de la Universidad de Valencia". Obtuvo el premio extraordinario en 1925.

Su memoria era portentosa. Conocía su enorme biblioteca al dedillo: sabía en qué estante y el lugar de éste que ocupaba el libro de turno que me encargaba traerle, incluso cuándo y a quién lo había comprado en España o en el extranjero.

Siendo Notario de Cartagena contrajo matrimonio con Consuelo Roglá Altet. Tuvo cinco hijos; tres varones y dos mujeres. De los

primeros, dos (Francisco y el que escribe) seguimos los pasos del padre y el tercero, disidente, se dedicó a la física nuclear (Rafael). De las hijas la mayor (Consuelo) se ocupó exclusivamente de su familia y la menor (Mercedes) a la enseñanza de la química.

Tenía un gran sentido del humor, a veces socarrón. Son muchas las anécdotas que de él se cuentan sobre sus comentarios y réplicas de ese tenor. Era un gran conversador de una ingente cultura. Lo leía todo (era, además un gran aficionado a las novelas policíacas). Su claridad de ideas no solamente se plasmaba en el papel, sino en la palabra. Era un placer oírle. Recuerdo, siendo un adolescente, cómo nos tenía embelesados a mí y a mis amigos la tarde de los domingos en los veranos de la casa de San Rafael.

Gran amigo de las tertulias; asistía a varias peñas y raro era el día en que, estando en España, no acudiera a su tertulia del Casino. Siempre me ha sorprendido ver cómo pudo tener tiempo para todo.

Su faceta de escritor se reveló pronto: ganó el premio nacional juvenil de literatura (guardaba una estatuilla como trofeo) pero nunca supimos qué escribió ni nos lo contó.

Su talante familiar era totalmente liberal. Nunca nos regañó ni censuró y, a pesar de ello le dimos pocos disgustos. Su labor científica y su dedicación a la Unión Internacional le impidió entregarse a su familia tanto como hubiera querido, pero nunca nos faltó su presencia.

Su carrera profesional

Notarial

Su vocación era de cátedra, pero el destino cambió sus propósitos. En 1927 tuvo que ser enviado a Panticosa para sanar de una dolencia tuberculosa y, según sus propias palabras, como se aburría del lento pasar de los días, se preparó el programa de notarías, presentándose al año siguiente y obteniendo el número dos (cosa que no le gustó).

Saco plaza en La Cañiza, donde estuvo unos meses dedicado a la preparación de oposiciones restringidas en las que, esta vez sí, obtuvo el número uno y marchó a Cartagena. De Cartagena, tras oposición restringida (cuyo tribunal presidía Don Manuel Azaña) obtuvo nuevamente el número uno y la plaza de Madrid a los 33 años de edad, siendo entonces el Notario más joven en llegar a este destino (1934).

Como académico

Fue nombrado académico de número en mayo de 1950 con su discurso de ingreso "La estipulación en Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá", que contestó Don Manuel de Bofarull, asignándosele la medalla número 13. Estuvo en las Comisiones de filosofía del Derecho y de Derecho romano, canónico e historia del Derecho.

Dentro de su actividad académica, contestó los discursos de ingreso de Alfonso García Gayo, Ramón María Roca Sastre y Juan Vallet de Goytisolo.

En el plano internacional

En 1947, fue invitado por el Colegio de Escribanos de Buenos Aires y de otros nueve países americanos, incluido Estados Unidos (Nueva Orleans). Efectuó por ellos un viaje de tres meses y medio pronunciando varias conferencias de gran impacto, y fue sembrando el germen de la Unión Internacional que se fundó en 1948, siendo nombrado Vicepresidente en el I Congreso, para asumir la presidencia en 1956 en el IV Congreso de Río de Janeiro. En 1965 (VIII Congreso en Méjico) fue designado Presidente de Honor y ratificado en el congreso siguiente con carácter vitalicio y único.

Enseñanza oral y universitaria

Fue elegido Doctor Honoris Causa de la Universidad notarial de Argentina. Pronunció numerosas conferencias en diversas universidades americanas.

Durante muchos años fue subdirector del Instituto de Estudios Jurídicos, siendo director Federico de Castro.

En el curso académico 1961-62 se inauguró en la Universidad Complutense de Madrid la Cátedra la "Teoría y sistema del instrumento público", como asignatura del doctorado, de la que él fue titular durante muchos años sucediéndole Antonio Rodríguez Adrados. El programa de esta asignatura constituía el índice o esquema de su proyectado tratado de Derecho documental, que nunca vio la luz, por su posterior dedicación durante seis años a la presidencia de la Junta de Decanos y al Decanato de Madrid.

Su labor científica

En el campo de la Historia del Derecho y del Derecho Notarial

Sus trabajos sobre estas materias están recogidos en los tres volúmenes que se publicaron en 1986 por el Instituto de España.

Su labor sobre la historia y evolución del documento es importantísima. Comenzó con sus "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial" en 1952, sobre el documento romano y germánico, continuó con "La Aurora" de Rolandino (con la inestimable colaboración del Padre Vicente Vela), con el estudio de las secciones de la escritura pública en los siglos VIII al XII. Abordó "La estipulación en Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá", que fue su discurso de ingreso en la Real Academia, analizando la *stipulatio* en la doctrina de los glosadores de Bolonia, del *ius comune* y de los antiguos comentaristas castellanos.

En el campo documental son muchos los estudios, artículos y conferencias entrando en el campo procesal y el valor probatorio del documento público: "Falsedad civil en el documento público", "Fe pública en la Jurisdicción Ordinaria", "El documento auténtico en la casación civil", "Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles" y un largo etcétera. Baste remitirse a la recopilación antes referida publicada por el Instituto de España.

Especial mención requiere su obra "Hechos y Derechos en el Documento Público" (1945), completada después con varios estudios. De ella escribió GONZÁLEZ PALOMINO: "No hay ninguna obra que la supere ni siquiera se le asemeje en el valor sistemático, técnico y lógico ni por la riqueza de materiales que contiene".

En materia civil

"El enriquecimiento sin causa" publicado en 1934, fue el inicio de sus trabajos sobre la materia cuasicontractual, que culminaron en el tomo XXX del Código Civil de Mucius Sacaevola, compuesto de dos volúmenes: los cuasicontratos en general y la gestión de negocios ajenos, el primero; y el segundo el enriquecimiento sin causa.

"El mandato sin poder", "La ratificación", "La cesión de contrato", "La conditio ob turpem vel iniustam causa" y un largo etcétera se encuadran en esta materia, revolucionando algunos conceptos y teorías, alguna de las cuales fue recogida por la jurisprudencia.

En el campo sucesorio publicó otros trabajos: "El derecho sucesorio ante la tradición jurídica española y el Código civil"; "La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración", cuyas teorías

fueron también acogidas por las Jurisprudencias y por la reforma del artículo 1045 del Código Civil, "El fideicomiso si sine liberis decesserit", en contestación al discurso de ingreso en la Academia de Roca Sastre, o "Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de las legítimas", en contestación al de Juan VALLET.

En materia de Derecho Inmobiliario

Es de destacar en primer lugar su memoria "El Registro de la Propiedad Español", presentada al primer Congreso Internacional de Buenos Aires (1948) de gran claridad en la exposición de los distintos sistemas registrales y sus principios hipotecarios.

Buena parte de sus obras de Derecho Documental se adentran, igualmente en el campo registral.

Colaboró asiduamente con la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Fue un acérrimo defensor de la concordancia del registro y la realidad: "Realidad y Registro".

Publicación y dirección de revistas jurídicas

En 1951 promovió la fundación de la Revista del Notariado, que dirigió hasta que le sucedió otro gran jurista, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS.

Participó en la creación de la Revista Internacional del Notariado (1941). Colaboró en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y estuvo en el consejo de redacción del Anuario de Derecho Civil desde que se creó en 1948.

Son muchas sus publicaciones en estas y otras revistas nacionales y extranjeras.

Como colofón me remito a las palabras de Juan VALLET: "A su sólida formación, desde su base civilista, se uniría una riqueza de ideación al captar las imágenes de la realidad viva, y gran brillantez de pluma como escritor El estilo de Núñez Lagos era de orfebrería, trabajando con imágenes vaporosas en su transparencia".

SOBRE LA FAMILIA NÚÑEZ LAGOS

Luis Núñez Boluda

Se publica el número 100 de la Revista del Notariado, y parece un momento adecuado de hacer una mención a su creador, Rafael Núñez-Lagos. Su figura es conocida y habrá otras plumas que escriban sobre ella, así que las presentes líneas serán sobre otros miembros de su familia, que también dejaron su rastro, concretamente sobre su padre, Francisco Núñez Moreno y sobre su hermano Francisco Núñez Lagos, ambos Notarios.

Su abuelo, alcalde del pueblo, tenía algunos olivares, tierras de cereales y algún ganado en Málaga, que para aquel entonces era algo de riqueza, pero no para pagar con desahogo una carrera; no obstante, permitió a su hijo marchar a Madrid a hacer la carrera de Derecho, donde se casó en 1901, ejerciendo de abogado. No se olvidó de su hermano José, su hermano pequeño, en el que vio grandes facultades y se lo trajo también a Madrid, acabando por casarse con la hermana de su mujer, y de ahí que surgieran dos ramas de Núñez Lagos, la notarial y la bancaria, de la que saldrían agentes de cambio y bolsa y corredores de comercio.

Como abogado y gerente de un café en Atocha (según he oído en casa muy parecido hasta en los personajes al que describe Cela en La Colmena), no ganaba mucho, así que decidió hacer notarías, influido por una promesa a su suegro, ya que él prefería hacer abogado del estado que no requería una edad mínima que aún no tenía; le dieron la plaza de Alegría de Oria (Álava), pero no debieron ser muchas las ganancias para mantener a su cada vez más numerosa familia, así que hizo varias restringidas y llegó a Valencia, donde nacieron casi todos sus hijos. Cuando acabó la guerra le nombraron Decano. Por entonces dos de sus hijos Rafael y Francisco hicieron notarías, y después de diversos avatares, llegaron a Madrid, plaza que pidió también el padre de ambos, llegando a estar los tres a la vez ejerciendo.

Respecto del último, su hijo Francisco, entró por Villarrubia de Santiago, pasó a Muros (Coruña) y de ahí a Madrid (entrando por Chamartín de la Rosa); también fue Decano y Presidente Nacional de la Junta de Decanos. Dedicó mucho tiempo a solucionar cuestiones del notariado, resolviendo el problema del llamado Colegio Oficial de Empleados de Notarías, haciendo obras en el Colegio y teniendo una intervención decisiva desde la documentación que requería intervención notarial hasta la reforma de los aranceles introduciendo pinceladas en los decretos que permitieran cierto desahogo económico en las minutas y de las que aún hoy nos seguimos beneficiando.

También dedicó su tiempo a escribir sobre temas de la protección oficial ("Limitaciones y Beneficios en las leyes protectoras de la Construcción"), que hizo que le nombraran miembro del Consejo Nacional del Ministerio de la Vivienda, urbanismo ("El aprovechamiento urbanístico y su transferencia"), que le llevó a colaborar en la redacción del Reglamento de Gestión Urbanística, y las inversiones extranjeras ("Aspectos notariales de la Legislación de Inversiones Extranjeras en España"), que resultaron muy útiles, a todos los notarios, por su claridad al ordenar disposiciones dispersas y contradictorias. Todo ello culminó con su nombramiento como vocal permanente de la Comisión General de Codificación, en la que participó tanto en la sección de civil como en la de mercantil, interviniendo activamente en la redacción de algunos de los preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y escribiendo un estudio sobre la transmisión de las participaciones.

Tuvo una gran admiración por su hermano mayor, Rafael, que le sacaba 15 años, pero tenía un carácter totalmente distinto, mucho menos extrovertido y hablador.

ESTUDIOS DOCTRINALES

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS Y EL NOTARIADO

Antonio Linage Conde
Notario

El día 9 de octubre de 1958 continuaba en Roma la celebración del Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, presidida por Rafael Núñez Lagos, quien suspendió la sesión cuando llegó el representante de la Ciudad del Vaticano con la noticia de la muerte de Pío XII (1). Éste había recibido a los congresistas, y les dirigió una alocución, como era su costumbre en esas ocasiones. Fue su último acto público, antes de la afección inmediata que acabó con su vida (2).

Haber llegado a tiempo el notariado de ser destinatario de ese discurso pontificio fue una circunstancia feliz, no por motivos confesionales ni otros, sino porque de esa manera el notariado no iba a ser una laguna en la obra del autor, de ese Sumo Pontífice, copiosa y casi completa en ese género.

Yo oí a Robert Schumann, en una conferencia en el Instituto Católico de París, calificar esa masa doctrinal de una "summa" de nuestro

(1) Este congreso fue definido por Núñez Lagos como el de la universalidad de la Unión, por la concurrencia de los alemanes. El de Buenos Aires, de 1948, había sido el de la institución de los congresos, dos años después el de Madrid significó el puente a Europa y la fundación de la Unión, el de París fue de intelectuales, y el de Río de Janeiro "una llamada a la vuelta a la realidad; en la inmensa esmeralda de sus selvas prodigiosas, sólo cortadas por las espadas de plata de sus ríos inmensos, vive, en un sistema político federal, un numerosísimo notariado pluriforme, de raíces latinas, en una inevitable variedad ambiental".

(2) Muy poco después recibió en privado a una pareja de recién casados, familia de uno de sus servidores, sintiéndose enfermo durante la audiencia. Yo oí a algunos compañeros una frase cariñosa alusiva a ese cierre de las obras completas del Pontífice con el discurso dedicado a ellos.

tiempo. Muchos años después, un católico de tendencias diferentes, Enrique Miret Magdalena, sostenía que el que llamaba "Pío XII culto" debía ser preservado de las criticas a su intervención en la historia contemporánea y a su gobierno de la Iglesia. Una opinión concordante pues, desde otra mentalidad, con la del protagonista de la unión europea (3).

No voy a referirme al discurso pontificio, que fue publicado en la "Revista de Derecho Notarial", y si comienzo citándole es por la satisfacción que a Núñez Lagos causó ese hito en los caminares de la fe pública que fue la pasión de su carrera y ejercicio profesional, de su actividad erudita, de su vida.

La pasión de un notario estudioso, en su "nobile officium" y con los antecesores

Recuerdo una larga conversación con Rafael en El Escorial, el año 1957. Él estaba solo en la terraza de su hotel, con unos folios y un libro sobre una mesita. Yo, recién ingresado en el cuerpo, me atreví a molestarle. Pero era tal su entusiasmo por el tema –el documento notarial, sus autores y la instrumentación jurídica de la fe pública– que no tuvo prisa en explayarse, y lo mismo posteriormente en su despacho.

Una vocación temprana. "Hijo de notario –ha escrito–, desde que tenía uso de razón, venía escuchando cosas de notarías y de notarios. Ni los problemas, ni mucho menos la práctica notarial, me eran desconocidos". Su padre fue notario de Valencia casi treinta años, y Decano de su Colegio. La dedicatoria de uno de los libros del hijo dice: "A mi padre, Notario como yo, pero mucho antes y mucho más que yo. A mi padre, diafanidad de vida y de pensamiento".

Nacido en 1902, en Valencia estudió bachillerato y carrera: "en la Universidad, en torno de la estatua de Luis Vives, oyendo las campanas de su reloj claustral, sintiendo próxima la augusta mole de la Iglesia del Patriarca que al exterior trasciende orden, regla y rito, en perfecta resonancia arqueológica y pedagógica con el recinto uni-

(3) De la valía de esos textos, tengo el testimonio de un profesor de Astronomía en Lovaina. Al salir de la alocución a su gremio, comentó que naturalmente él no había aprendido nada en ella, pero que con toda su sapiencia de especialista no habría sido capaz de elaborarla.

versitario. [...] Soy un producto de la Universidad de Valencia (4)". Ingresó en el notariado en 1927 (5), y se jubiló en 1977 tras más de cuarenta años de ejercicio en Madrid, desde 1934, de cuyo Colegio fue decano. En 1961 inauguró en la Universidad la cátedra de "Teoría y sistema del instrumento público", patrocinada por el Colegio, y publicó su programa (6). Allí fueron alumnos suyos el propio VALLET, y Manuel DE LA CÁMARA.

La clave de sus inquietudes era la penetración en nuestro argumento profesional en sí, sin desviaciones a otros campos, aun aledaños que, sin tener tanta sustancia, podían llevar consigo cierta preterición e incluso contaminación del mismo. Ironizaba con el exceso de tiempo y desvelos que los notarios españoles dedicaban al tercero hipotecario, aunque más bien debería llamarse registral, pues consiste en el amparo brindado por el Registro de la Propiedad al adquirente de buena fe según sus libros, una protección conferida por el asiento en éstos, pero basada en el documento notarial, su causante (7). Históricamente, fue una creación de la burguesía

---

(4) Al ingresar en la Real Academia de Jurisprudencia mencionó a sus profesores académicos, CASTÁN, JORDANA DE POZAS, PÉREZ SERRANO, ELOY MONTERO y ZUMALACÁRREGUI Y PRAT.

(5) Con FAUS ESTEVE, DÍEZ PASTOR y GONZÁLEZ PALOMINO, noticia que no hemos podido comprobar. En el tribunal , según la misma noticia, estaba Azaña, cuyas críticas a los opositores y al tribunal no hay que tomar en serio.

(6) Que era también el de un "Tratado de Derecho Documental"; sólo proyectado, pero escrito de otra manera a lo largo de toda su magna obra.

(7) Este fue el argumento de su esplendida conferencia en el Colegio Notarial de Granada el año 1953 –incluida en su recopilación de que diremos–, *Tópicos jurídicos*. Baste con transcribir: "El sistema de la ley [hipotecaria] es una obra maestra. El tercero inscrito sin la anemia de la buena fe lo era todo. Bíblicamente diríamos. *En el principio era el tercero.* En cambio, el tercero civil no inscrito era un tercero de arrabal, un personaje de suburbio, conminado por un bando de la Alcaldía. El tercero inscrito era el Don Quijote invencible de nuestra Ley Hipotecaria. Vino luego la moda de hablar de titular registral, tercero o no tercero. Pero no era lo mismo. Era tanto como reescribir la obra inmortal con Dulcinea como héroe. [...] Los notarios, fatigados por el esfuerzo brutal de las oposiciones, a fuerza de reflectores extraños no apreciaban su luz propia, la estructura eternamente luminosa del instrumento público. Seguían hablando de inscripción constitutiva y de fe pública del Registro. Hacían escrituras para solicitar la inscripción, organizaban el entierro del instrumento público en el *panteón*

emergente que, al desamortizar los bienes de las llamadas manos muertas, requería la seguridad de su tráfico jurídico. Tengamos en cuenta que la promulgación de la Ley del Notariado tuvo lugar en 1862, un año después de la Ley Hipotecaria, que también habría podido llamarse Registral, antecediendo ambas en casi un cuarto de siglo al Código Civil. A ese mundo encontramos alusiones en los personajes de Clarín y ello no estimulado por su condición de catedrático de Derecho Civil, pues ése no era el caso de Galdós, que llamó hipotecario al siglo en que vivía en una pieza de teatro. En cambio no habría tenido sentido que le hubiera calificado de notarial, a pesar de ser el de la Ley del Notariado, pues el número de los siglos acreedores a llamarse así se perdería en la noche de los tiempos (8). Rafael remontaba ese enfoque a los tiempos de su juventud y desde los apuntes o contestaciones para las oposiciones, que él tenía coleccionados desde 1905. De ellos, los únicos hechos por notarios eran los de Derecho Notarial, "breves como silabarios e insípidos como cuentos de Calleja (9)".

Muy significativa era la valoración que hacía de los compañeros franceses. Hay que tener en cuenta la menor rigurosidad intelectual de su acceso a la función, por el distinto sistema de transmisión de los despachos. Sin embargo, Núñez Lagos ponderaba su acumulación

---

de terceros ilustres. Renunciaban a su luz propia y preferían alumbrarse con candilejas de epígonos. En una palabra, para toda travesía jurídica se embarcaban en tópicos ajenos".

(8) Cuando se dice que el notariado fue creado en Bolonia en el siglo XIII, se quiere decir la manera notarial que ha perdurado hasta nuestros días en los Derechos de la Unión Latina. Se ha llegado a sostener que los postglosadores crearon los derechos penal, mercantil, procesal e internacional público (F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren Privat Rechtsgeschichte*; 1959).

(9) De los de Civil dice: "Antes de Castán, [cuyo primer manual para Notarías se publicó en 1924, dos años antes del adaptado a Registros] los apuntes eran una simplificada traducción a román paladino del exuberante latifundio jurídico de Sánchez Román. Castán ennobleció el género y elevó las oposiciones y el notariado a un rango superior". Núñez Lagos presentó en 1967 el homenaje notarial a Castán, y fue contestado por su hijo, José-María Castán Vázquez. Da la noticia de que, poco antes del primer curso de la Academia Matritense, por iniciativa de López Palop se repartió el programa de las oposiciones a distintos notarios, con vistas a la publicación de unas contestaciones completas. Sólo redactaron las suyas, Él –*Valor del instrumento público*– y Navarro Azpeitia –*Actas de notoriedad*–.

de sabiduría notarial –"saben más de notaría", era su frase–, por la integralidad de su entrega a todo lo específico de la misma, una acumulación a veces heredada a través de las generaciones. Hay notarios cuyo oficio en la familia se puede seguir desde Napoleón. Emilio Zola en la novela *Son Excellence Eugène Rougon,* escribe al presentar a un personaje femenino: "[La señora de Correur] repetía que era una Martineau, de los Martineau de Coulanges, una buena familia de la Vendée, en la que podían citarse hasta siete notarios de padres a hijos".

"El notario debe ser uno de los varones solemnes de la localidad", Rafael me amonestó, previniéndome contra cualquier tentación de prodigar las ausencias, ni siquiera con el pretexto de preparar las oposiciones entre notarios. Me recuerda la admonición concordante de nuestro primer decano, Francisco Siso Cavero, al darnos posesión de nuestros primeros destinos, "haced notaría".

Un compañero ha encasillado en la "leyenda urbana" el mito de la carestía del arancel, leyenda que puede ser un perjuicio social si hace desistir del recurso a nuestra función a gentes necesitadas de ella que se la creen, de buena fe pues sólo los obligados a conocer el tema y además teniendo asesores son culpables por dolo o imprudencia. Rafael me dijo que Enrique Giménez Arnau preparaba un estudio comparativo sobre la materia. Me citó de Bélgica, el mantenimiento o la disminución menor de los porcentajes en ciertos documentos al subir su cuantía, y la sorpresa de un compañero uruguayo al enterarse de la cifra que alcanzaba su protocolo, extrañado de que no se hubiera retirado, ante la exuberancia dineraria que se imaginaba correspondería a ella. Yo servía entonces mi primer destino, en el Colegio de Albacete. Conocí al Rector del Seminario cercano de Orihuela, natural de un pueblo burgalés. Me contó que, llamado allí el notario para autorizar un testamento de la familia, se quedaron los clientes tan estupefactos ante su minuta que le propusieron aceptase algo más, a lo que se negó. Rafael se lamentaba de la desnaturalización del notariado portugués al haberse sustituido el arancel por el sueldo, consecuencia de la insostenibilidad de sus tarifas. Le confortaba el prestigio de un notario, Tavares de Carvalho, de una familia conocida tanto en la metrópoli como en Brasil (10).

(10) Cfr. *El Código del Notariado Portugués* [de 1935], publicado por Núñez Lagos en "Información jurídica", 1-6-1941, recogido en los dos volú-

Me acordé de ello cuando José Manuel García Collantes viajó a Lisboa, invitado por los compañeros que habían recuperado la tradición perdida. Pero no voy a proseguir divagando, aunque sea por memorias vetustas que pueden ser de algún interés en una actualidad tan diversa.

Pasando a la vida y la obra de Rafael Núñez Lagos, en su caso indisoluble la unión de la una y la otra, además de su ejercicio profesional tuvieron una doble faceta. Por una parte su investigación del notariado en el tiempo, de nuestros antepasados en la fe pública muertos; "gozo descubriendo cosas en mi biblioteca", me dijo. Por otra, el conocimiento, propicio a la ayuda y el perfeccionamiento, de los notarios vivos (11). Que le llevó a periplos, uno de la duración sorprendente de tres meses y medio, por la distante –¡pero sólo en el mapa!– Hispanoamérica. De la primera nos queda su obra escrita, de asombrosas resonancias actuales. La segunda, de unas huellas tan reales como evanescentes, enriqueció el que ahora se llama patrimonio inmaterial (12). Y si hemos hablado de indisolubilidad es porque la materia de sus aportaciones a la historia estaba entroncada con su actividad en el presente y era propicia a su aplicación indirecta a éste.

Me recuerda, por esta doble dedicación, a un personaje a quien tuve la suerte de conocer, emparentado de esa manera con Rafael, a pesar de ser de una condición y moverse en unos afanes muy diversos. Se trata de un monje benedictino francés, del monasterio luxemburgués de Clervaux, dom Jean Leclercq, aunque en su caso las dos dedicaciones estuvieron temporalmente separadas, correspondiendo a etapas sucesivas de su biografía, no presentes a lo largo de toda ella. La primera fue a la investigación del monacato medieval y la edición crítica de sus textos. La segunda al conocimiento y apoyo de los monjes y los monasterios actuales, sobre todo las pequeñas comunidades nuevas del tercer mundo. Yo le conocí el año

---

menes de su recopilación, *Estudios de Derecho Notarial* (Madrid, 1986);de no haber indicación contraria, citamos de ellos en lo sucesivo..

(11) De paso le aludí a un viaje a Escandinavia y le interesó algún contacto con los colegas de allá, aunque casi convencido de su poca utilidad, por no responder al notariado latino y ser ajeno a nuestra fe pública.

(12) Datos concretos en la presentación de los dos volúmenes que se le dedicaron del curso de la Academia Matritense del Notariado, 1977-1978, hecha por Manuel María Romero Vieitez.

1958, el de la Exposición Internacional de Bruselas. Viviendo a unos pasos de la misma, se extrañó de mi pregunta de si la había visto. Entonces ya me aludió a su proyectado cambio de rumbo, que fue inmediato. No sé si llegó a visitar la exposición siguiente, en Osaka, pero me consta que algo tuvo que ver con ella (13).

Volviendo a Rafael, hay que tener en cuenta que la doble consagración de su vida fue mucho más meritoria, en cuanto hacerla compatible con el desempeño de su notaría, una de las concurridas y bien atendidas de Madrid, exigió un espíritu de sacrificio nada común. Ello en el plano investigador, pero más aún en el de viajero en acto de servicio (14).

Todavía me queda traer a colación otro paralelo, el de su visión del documento notarial, y la del documento sin más, no limitado a la esfera del Derecho, en el pasado erudito de nuestra vieja Europa.

En el siglo XVII fue fundada en Francia la Congregación Benedictina de San Mauro (15). Hasta su extinción por la exclaustración revolucionaria de 1789 alcanzó excelsas cotas en todos los ámbitos, y sobre todo en la erudición. El más ilustre de sus estudiosos fue Jean Mabillon (16).

En 1681 salió de los tórculos su guía de la investigación histórica en la documentación escrita, *De re diplomatica* (17). Para Marc

(13) En esa segunda fase recuerdo haberle oído, coloquialmente, que el monasterio suizo de Einsiedeln le quedaba demasiado cerca.

(14) Un hijo médico de José ORTEGA Y GASSET me dijo haber oído a su padre que los notarios leían mucho, ello más encomiable que en otros profesionales con abundancia de ocio.

(15) Buen estudio de Yves CHAUSSY, L*es Bénédictins de Saint-Maur*, (París, Institut des Études Augustiniennes; 1990-1992).

(16) Dom Jean MABILLON figure majeur de l'Europe des lettres; "Actes des deux colloques du tricentenaire de la mort de dom Mabillon" (ed. J. LECLANT, A. VAUCHEZ y D-O. HUREL; Académie des Inscriptions et Belles Lettres; 2010) –nuestra aportación Mabillon y España a las pp. 233-247–; Mélanges et documents publiès à l'occasion du 2e centenaire de la mort de MABILLON (Ligugé-Paris, 1908); D-O. HUREL (ed.), Le moine et l'historien, dom Mabillon, oeuvres choisies précédées d'une biographie par dom Henri LECLERC, (París, Robert Laffont, "Bouquins"; 2007); Th. BARBEAU, MABILLON. Vie et portrait par dom Thierry RUINART (Solesmes, 2007).

(17) La edición de 1704 incluye un suplemento del autor contra sus impugnadores.

Bloch, que lo escribe en su *Apologie pour l'histoire ou le métier d'historien*, "un gran acontecimiento en la historia del espíritu humano"; David KNOWLES, comparó la plenitud de su difusión a la alcanzada en otras disciplinas, antes y después, por Galileo y Einstein, ello revelador de la elevación intelectual de aquella Europa.

Aunque tenía precedentes, se puede decir que la obra de Mabillon consumó el tránsito, de la atención a la autenticidad de los documentos antiguos con vistas exclusivamente a la defensa forense de pretensiones utilitarias y actuales, al establecimiento de la verdad de la historia valorado por esta misma. A partir de Él no se pudo perder de vista la distinción entre el *datum* o acto jurídico y el *actum* o confección del documento o diploma, de manera que su impulsor en la edad contemporánea, Theodor VON SICKEL (1826-1908), por cierto un estudioso conocido y citado por NÚÑEZ LAGOS, pudo tomarla como exclusivo punto de partida (18). Un camino similar fue el que el mismo benedictino abrió a la paleografía.

Esas aportaciones tuvieron un eco inmediato en adaptaciones a las particularidades nacionales. En Alemania, una fue la de C-H-Eckhardt, de la que nos interesa su título, *Introductio in rem diplomaticam praecipue germanicam* [...] *in usum historiae ac iuris publici et privati Germaniae* (Jena, 1742). Notemos que en esa dicotomía se reivindica la utilidad de sus dos aplicaciones, de un lado a la investigación histórica, de otro la subsistente al dominio jurídico que antes la monopolizaba. Lo cual citamos a guisa de justificación de este *excursus* que parece desviarse de nuestro argumento de Derecho Notarial, pues una demostración de que Mabillon, al profundizar y ampliar el concepto de documento, con vistas a conocer la conducta humana en el tiempo que es la historia, no estableció una cesura entre esta noción y la continuidad de su estimación jurídica y forense, es que NÚÑEZ LAGOS se ocupó del benedictino a propósito de la distinción entre las "cartas" y las "noticias (19)".

(18) Véase A. GIRY, *Manuel de Diplomatique* (París, 1894); la consecución mabilloniana fue la extensión universal de los logros parciales ya adquiridos mediante un método integral.

(19) Por ese camino mabilloniano anduvieron luego el procesalista Theobald BETHMANN-HOLLWEG (1856-1921) –Civilprozess– y dos diplomatistas, el cisterciense Angelo FUMAGALLI (1728-1804) –Istituzioni diplomatiche, menos sistemático en este aspecto, y el citado VON SICKEL (1826-1908) –Beiträge zur Diplomatik–.

Ex arduis pax et amor, es el lema de la portada *De re diplomatica,* el libro que *materiam, scripturam et stylum* tiene por argumento y uno de cuyos capítulos se titula *Privatorum formulae initiales variae pro notariarum genio.* Esas palabras son el lema del emblema de la obra, que es un corazón, ese corazón al que no seca el polvo de las bibliotecas, como precisamente de los benedictinos mauristas se dijo. *Veri justique scientia vindex*, es el lema del frontispicio, con las alegorías de la justicia y la verdad llenando el mejor espacio del infolio; y en la dedicatoria a Colbert un caballo y un perro a ambos lados de su escudo; animales que son una elección pintiparada para representar la fidelidad a la verdad.

Es decir que, aunque la repercusión inmediata de esa obra fue un ensanchamiento más allá del ámbito forense de los documentos hasta entonces predominantemente patrimonio del mismo, nos deja referirnos a un aspecto de la limitada situación anterior. El valor que jurídicamente salta a la vista en un documento, es la prueba de un derecho. Lo cual ocurre también con los documentos notariales, cuya especificidad en este orden de cosas es ser un medio de prueba privilegiado. Pero existe un Derecho Notarial, para el cual el documento investido de la fe pública no es sólo eso, sino todo el documento en su conformación por el fedatario (20). O sea el mismo panorama en la dimensión jurídica que el alumbrado por Mabillon en la erudita e historiográfica. El *actum* y no sólo el *datum,* pero no exclusivamente considerado en la dicotomía de la forma y el fondo, pues el *ars notariae* tiene su propia sustantividad.

Por otra parte, si recapacitamos en que la función notarial pertenece a la seguridad jurídica preventiva, sería desnaturalizarla su visión fuera de ella. Al autorizar el documento el notario da ante todo fe, *nihil prius fide,* y su testimonio queda investido de la misma, en el tráfico jurídico y también en juicio. Pero la intervención del fedatario no se ha circunscrito a ese aspecto. Extrínsecamente saltan a la vista la fe de conocimiento, el juicio de capacidad y las advertencias legales. En el trasfondo es ineludible atender a la labor de asesoramiento, a la relación entre el notario y las partes, envuelta en la

(20) Lo que no quiere decir que Núñez Lagos haya preterido ese aspecto. Su extenso discurso de ingreso en el Instituto Español de Derecho Procesal, que fue contestado por Castán, se tituló *Documento auténtico en la casación civil.*

atmósfera de la legitimidad jurídica y la veste ética, que no hace del notario un juez pero sí un representante, un emisario del Derecho y sus principios y valores en la cercanía de los otorgantes (21).

Eso en el fondo. En la forma, las exigencias reglamentarias cuentan también con su historia, y tienen su razón de ser como garantías al servicio de la fe pública del acto documentado.

En este homenaje al recuerdo no nos proponemos un comentario de la obra del Maestro Núñez Lagos. Es tan densa que desborda los límites de cualquier artículo. Tan apasionada que nos suscita la fantasía de creerla capaz de convertir al notariado latino a algún lector suyo del mundo ánglico.

Previamente debemos atraer la atención hacia algunos títulos. *Tópicos jurídicos* y *Perfiles de la fe pública* son tan actuales que nada más nos dejan hacerlos unas referencias tangenciales, elusivas de la polémica que se sale de nuestro argumento. Sólo podemos recomendar su lectura a los interesados en los problemas de hoy. En los *Esquemas conceptuales del instrumento público* vemos al notario en la sala de firmas, en la llamada audiencia notarial, envuelto con los otorgantes en la atmósfera íntima y solemne de la autorización, el *actum*, la dimensión acto, el objeto, y el *dictum,* la dimensión papel; el contexto y el texto. "El notario –cedemos la pluma al Maestro– es como un pintor del natural: la dimensión acto es la del modelo, la del paisaje; la dimensión papel la del cuadro. Notarialmente, el modelo, el acto, la audiencia, es siempre efímero; nace para *in continenti* morir, y únicamente queda el cuadro. La calidad del pintor la perpetúa el cuadro, no el modelo; la del buen notario, la dimensión papel. El notario aprisiona en cárcel de papel, a cadena perpetua, el instante fugitivo, la realidad que pasa". En *La firmeza de las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública,* y *Documento notarial y relaciones jurídicas* se nos representa la copia, en la cartera del otorgante cuando sale de la notaría para ser guardada entre sus papeles relevantes y permanentes; hasta con su típico "paisaje" por obra de la tipografía industrial desplegada en la cubierta. En los *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial* y *Contenido sustantivo de la escritura pública,* es el documento

(21) Guardadas las debidas distancias podemos traer a colación el libro de Pedro Laín Entralgo, L*a relación médico-enfermo. Historia y teoría* (Madrid, 1964).

ya archivado en el protocolo lo que tenemos delante, el texto escrito, la escritura al servicio de la seguridad jurídica y la legitimidad de los intereses, anhelos y realizaciones de cada vida (22); también con su paisaje, el de las "cajas" en pergamino, salidas de las manos de los encuadernadores nómadas por los caminos de España. A cual más viviente, y sin embargo, al ocuparse de ello, a Rafael le volvió a suscitar la inquietud por la historia, haciendo a sus compañeros archiveros un llamamiento a publicar o enviarle sus datos de los testimonios de los antepasados en el oficio: "Hay que sacar de entre el polvo de siglos los secretos que guardan sus infolios y poner de manifiesto sus fórmulas de comparecencia, otorgamiento y autorización, de tanta trascendencia para el Derecho formal; sus cláusulas de estilo en los contratos usuales, tan interesantes para el estudio de los singulares negocios jurídicos, y los matices de redacción de sus estipulaciones y parte dispositiva".

Antes de entrar en materia, pido la venia para evocar el contexto en que Núñez Lagos vivió su ejercicio y su estudio, felizmente preservado en el testimonio de la Academia Matritense del Notariado a través de sus *Anales.*

¿Tributo a la nostalgia?

En el curso de 2012-2013, una conferencia de Andrés Betancor en la Academia se tituló *¿España de los territorios o de los ciudadanos?.* En el curso siguiente, otra de Benigno Pendás García trató de *La ley contra el Derecho. Reflexiones sobre la calidad de las normas jurídicas.* Ambos argumentos son bastantes para denotar el cambio producido, no en la Academia sino en la Historia, desde su primer ciclo, el curso de 1943-1944. Precisamente la segunda conferencia fue de don Nicolás Pérez Serrano, sobre las *Reglas fundamentales del futuro Código Popular alemán.* La primera había sido de Jerónimo González, un pontífice de la Dirección General, *La tradición de fincas en los instrumentos públicos.* Pronto fue la tribuna de Alfonso de Cossío y Corral, *La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular.*

(22) Y en su conjunto también de la historia. Es significativa la estima al legado notarial que manifestó Jaime Vicens Vives, para reconstruir la vida profunda de Cataluña en la Edad Contemporánea.

PENDÁS concluyó su intervención de esta manera: "Puestos a citar libros que casi nadie recuerda, viene a la memoria un título profético, *Le declin du droit.* Tal vez el espíritu del Derecho Romano, el buen Derecho viejo del mundo medieval, las excelencias del *Common Law* o los grandes códigos liberales no sean compatibles con la sociedad de masas, la democracia mediática y la economía global. Un gran novelista francés tenía por costumbre leer unos cuantos artículos del Código Civil para coger el tono adecuado antes de sentarse a escribir. Si ahora leyera el Diario Oficial de la Unión europea o la versión digital de la "Gaceta de Madrid" jamás habría escrito *Rojo y negro* o *La cartuja de Parma".* En el remoto año 1957 había dicho en la misma Academia el historiador del Derecho y ex ministro Ramón PRIETO BANCES ser una "grave responsabilidad de los notarios la de ayudarnos a contener la decadencia del sentimiento de la ciencia del Derecho que se observa en el mundo a partir de la guerra de 1914". Siete años antes, un notario, ex ministro de la Guerra, Diego HIDALGO DURÁN, tratando de *El Notariado en los Estados Unidos y especialmente en el Estado de Nueva York***,** había confesado la visión que se trajo de "un pasado triste ante un presente receloso y un porvenir incierto y sombrío". Con estas citas bastaría para darnos cuenta de la profundidad de las inquietudes de la sede y la elevación de su tratamiento (23).

Temprana fue la primera aportación del notario José González Palomino, *La adjudicación para pago de deudas.* Su hondura se celaba tras un estilo personalísimo y desenfadado, "autorizado para tratar temas jurídicos sin ponerse innecesariamente serio. A veces trato con cierta confianza a escritores de prestigio. Es sólo una pirueta de estudiante revoltoso. Que nadie considere falta de respeto lo que es sólo exceso de cariño. [...] A propósito del *título formal*, las bellas frases, como las bellas mujeres, tienen, sobre sus muchas y excelentes ventajas, un defecto: sirven para casi todo...menos para razonar con ellas. [...] Tengo necesidad de declararme hombre atrasado, retrógrado, inculto y refractario a los inventos modernos". Más adelante, discutiendo un problema concreto, le resolvió sentando que bastaba preguntarse quién era ella y contestar con Gramática.

(23) En cuanto al tema de don Nicolás, es evidente que la mejor crítica del nacionalsocialismo era la exposición imparcial de sus propios textos y testimonios.

En el tomo sexto, de 1952, José Luis Díez Pastor, un colega cultísimo y de rica biografía, dio a conocer un *Apéndice pseudopolémico. Variaciones sobre un tema de Palomino* (24).

Ramón María Roca Sastre, disertando sobre una cuestión tan practica como trascendente, *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio,* fue la voz de la experiencia profesional, al recordar que el notario "debe emplear su eficaz poder de persuasión y la alta autoridad que en España goza ante los clientes para convencerles y encauzarles a adoptar en sus actos jurídicos las normas y configuraciones más adecuadas al tipo de familia, rural o urbana, que constituya su ambiente o clima jurídico en que viven".

En mis tiempos iniciales de ejercicio en tierras murcianas, me dijo Andrés Sobejano, el hombre más culto de su claustro (25), que el notario Antonio Moxó y Ruano, poeta también y bueno, había sido el mejor alumno de la universidad. En el tomo tercero de los *Anales* trató este compañero de la *Nulidad y falsedad civil del instrumento público,* echando de menos "un estudio sobre la figura del notario español, sobre su contextura moral y su función, sociológicamente considerada, y derivar, en consecuencia, el sentido de su vida, su filosofía profesional. Es posible que convenga llenar de valores espirituales el ejercicio de nuestra profesión, abnegada, una vida siempre entre afanes demasiado humanos. A nuestra profesión, tan acuñada y señera, a nuestro *oficio de honor,* y yo añadiría de servidumbre, le conviene dotarla de horizontes ideales. Alambicando nuestra labor diaria, de técnicos del Derecho, de custodios de la paz y la dignidad humanas, de confesores de las debilidades del género humano, de autores de la obra anónima, callada e histórica, del protocolo, pode-

(24) Vallet nos cuenta en el prólogo a la recopilación de Núñez Lagos: "La cualidad de escritor la compartían en máximo grado González Palomino y Él, con estilos muy diferentes. Recuerdo que por el año 1950, cuando venía a Madrid mi primo Juan Goytisolo me pedía siempre las últimas publicaciones de González Palomino, de cuya lectura recibía deleite al saborear su prosa fácil o su ingenio sugerente". Recuerdo la magnífica *Historia de la literatura española,* de Ángel Valbuena, en cuya primera edición menciona, al tratar de la prosa didáctica, a dos juristas, Fernando de los Ríos y Jiménez de Asúa. Estos notarios habrían sido acreedores a la misma distinción, pero Valbuena, por una parte no pudo llegar a conocer su obra, y por otra los avatares del libro después de la guerra situaban la cuestión en una órbita diferente.

(25) La valoración es de su ilustre colega, Juan Torres Fontes.

mos descubrir, creo yo, como su jugo vital y eterno, como su último hontanar fecundante, esta su auténtica filosofía, la comprensión y el amor hacia todos los hombres". Es inmejorable la forma e insuperable el fondo de este texto.

Un conferenciante de pro fue Francesco CARNELUTTI, sobre *La figura jurídica del notario.* Le introdujo PALOMINO con una salutación a su aguda y ágil manera. Al eximio procesalista le recordó que la función notarial era "antiprocesalista por excelencia (26), pese a las teorías procesalistas del Derecho notarial, forzando los conceptos de jurisdicción y de relación jurídica, ya que el juez actúa por medio de negocios jurídicos y el notario por medio de declaraciones de ciencia, de manera que la sentencia es mandato y el instrumento público es información". Aunque "pocas enseñanzas tienen para los notarios más interés que el Derecho procesal por su punto de partida metodológico", y "el Derecho Procesal no nació como ciencia hasta que se estableció la distinción entre el proceso... y lo procesado. A CARNELUTTI debemos la consigna: *¡Atentos a distinguir entre el documento y la declaración!*".

Un epígrafe de la intervención de CARNELUTTI fue *El notario y las estrellas,* ya que "el Derecho se parece un poco a la brújula, que es un instrumento útil al navegante- también necesario si queréis- pero no suficiente. Quien entiende de estas cosas sabe que la aguja imantada sufre ciertas influencias que a veces la hacen desviar, de tal manera que los marinos hablan de la brújula loca. Cuando tienen necesidad de saber dónde van y, sobre todo, a que parte del camino se encuentran, miran las estrellas. Los hombres, frecuentemente, son más locos de lo que la brújula sea ciertas veces, porque mientras no navegan viven sin mirar las estrellas y no piensan que la vida es un viaje. También el notario, si quiere verdaderamente ayudarles a navegar, debe conocer no sólo los caminos de la tierra sino los del cielo".

(26) Una realidad la frase del notario Joaquín COSTA, "notaría abierta, juzgado cerrado". Recuerdo que el profesor GUASP, en alguna clase, ante todo veía el antecedente de los notarios en los jueces cartularios del Derecho Común. Fue un episodio de la acuñación de la fe y el instrumento públicos a nuestra manera actual en Bolonia. Cuando se dio a los notarios la potestad de poner en las copias autorizadas una cláusula ejecutiva, evitando el monopolio a esos efectos de la *actio iudicatae.* Pero ya nos movemos en el terreno propio del valor de la fe pública.

Cuatro años después, en 1957, BIONDO BIONDI trató de *La ciencia del Derecho como arte del jurista*, y dijo que "la investigación de las leyes es siempre un arte, ya que no se trata de descubrir leyes objetivas, sino de imaginar y pensar las leyes oportunas y justas. Si es verdad que el Derecho es un instrumento que permite la coexistencia y sigue incesantemente el desarrollo social, siempre será un arte adecuar y preparar tal instrumento".

VALLET dio noticia de una encuesta entre notarios del Instituto de Estudios Riojanos sobre *La sucesión testada a favor del viudo. Su cónyuge viudo ante el lente de cada testador*. Un ejemplo que habría sido muy fecundo de haberse extendido a otros territorios. (Hojeando estos *Anales*, al encontrarnos una frase como "cuando yo estaba en Baltanás", estamos ante la realidad del Derecho viviente destilada en la experiencia continuada.)

José María PANIAGUA habló sobre el *Derecho consuetudinario de la propiedad en el Rif.* Matías MARTÍNEZ PEREDA, mi antecesor en Salamanca, en unas *Reflexiones jurídicas sobre la llamada sucesión a favor del alma,* llevó a la expresión, disertante primero y escrita después, el frescor de la oralidad cotidiana y la correspondencia postal.

Yo confieso que, oyendo las conferencias de ahora en nuestro Colegio Notarial, al recuerdo de las pasadas me siento inmerso en una continuidad que me subraya interiormente las limitaciones de la jubilación, haciéndola sentir como otro estado pero que no priva del carácter (27). En la inauguración del nobilísimo edificio que es su marco (28), el ministro de Gracia y Justicia, que era el magistrado

(27) En el número 686 (1966,2) de la *Revista del Notariado* argentina, escribió NÚÑEZ LAGOS *Pro Colegio,* para el centenario del de Buenos Aires, "del perfecto equilibrio entre el profesional, de libre ejercicio, y el funcionario público, delegado de potestades del Estado, que es el secreto de todo buen notariado. Un predominio del funcionario público, organizando el servicio con merma de la libertad de los particulares para elegir notario, o reduciendo al notario a un mero fedatario, despojado de la facultad de consejo legal, de dirección y ordenación legal de la voluntad de las partes, desnaturaliza nuestro oficio, acercándolo a fórmulas de burocratización y absorción estatal. Por el contrario el notariado libre *comercializa* la función, convierte la notaría en empresa y pierde el prestigio y la dignidad de una función pública. Hay que mantener, pues, en todo momento, la colegiación, el equilibrio que es conservar el prestigio".

(28) Me complace haber dedicado unas páginas a uno de los notarios

Galo Ponte y Escartín dijo que los notarios eran los nuevos príncipes azules de los cuentos de hadas con que soñaban las muchachas. A estas alturas, la frase nos parece tan distante que recuerda un cotejo de la novela de André Malraux, *L'espoir*, entre el Madrid de la guerra civil y el de las tertulias de café precedentes donde se podía oír a Ramón Gómez de la Serna sostener que la descendencia del hombre del mono se probaba por la manera como ése pelaba los cacahuetes. Tan arcaica resulta esa frase ministerial que sería difícil buscarla cualquier actualización, de no ser el ineludible añadido de los mozos soñadores con las princesas azules de la fe pública. Sin embargo, en un mundo que no puede ser más diverso y tras tantos avatares cruciales de la historia, permanece el legado inmaterial de los lejanos antecesores en el noble oficio.

Otra huella de aquel ambiente estudioso del notariado es la biblioteca de Vallet, felizmente custodiada en el Colegio también. Es una delicia abrir cualquier armario de su fondo antiguo, una ebanistería procedente de la instalación de la biblioteca anterior, cuando toda ella estaba en la sede corporativa. En Ferrara se imprimieron el año 1760 las *Institutiones canonicae* del escolapio Remigio Maschat de San Erasmo; en Ferrara pero con la advertencia de venderse en Venecia, *apud haeredes Balleonios.* En 1714 había sido en la propia Venecia donde esa tipografía Balleoniana sacó de sus tórculos las *Resolutiones quaestionum amplius DC in utroque jure controversarum,* de Juan Walbrecht, editadas por Donato Hofmann. Dos años después, el inmenso *Theatrum veritatis et justitiae sive decisivis discursus per materias seu titulos,* del cardenal Juan Bautista de Luca. Cualquier recorrido al azar por las páginas de este trío nos pone a la vista cómo en el Derecho Canónico de antaño podía escudriñarse todo o casi el Derecho sin más.

El *Tractatus clausularum instrumentalium*, de Bartolomeo Bertazolis, impreso en 1601 en Venecia, nos sumerge en la sustancia notarial. Que se continúa del uno al otro tamaño, del infolio al octavo menor. Un escribano anónimo –otras veces identificado como Juan Manuel López Fandu–, publicó en Madrid el tardío año de 1798, en forma de preguntas y respuestas, un *Prontuario de testamen-*

que trabajó en llevarle a cogüelmo, *Entre la notaría y la novela, el iliturgitano José Toral y Sagristá (1874-1935),* en "Andújar. Estudios" (*íbid.*, 2016) 235-248.

tos y contratos, de utilidad, según el longíncuo título desarrollaba, *no solamente a los escribanos principalmente, y a los que intentan serlo, sino a los letrados* [...], *a los confesores para aconsejar a sus penitentes* [...] *y a toda clase de personas, pues no hay a quien no convenga* [...].

De las evocaciones del papel sellado a las del paisaje urbano de la piedra, las casonas solariegas del color de las antiguas doblas castellanas. Nos llevan a ellas los privilegios de la primogenitura que estuvieron en su génesis, ante el tratado *De incompatibilitate regnorum ac maioratuum,* de Hermenegildo de Roxas, impreso el año 1745 en Lyon.

El curso de 1802 a 1803 fue el de las famosas lecciones de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) en Berlín. Su *Sistema del Derecho Romano actual,* en España prologado por Manuel Durán y Bas, y el *Derecho de las Pandectas* de Bernard Windscheid (1817-1892; el año siguiente apareció el de Regelsberger), nos llevan ya a la era de la codificación, que vale tanto como a nuestro programa de oposiciones. En vísperas del cambio en nuestro país, el año 1862, salieron los *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español,* de Benito Gutiérrez.

"Esta obra consta de 33 tomos pertenecientes a don Juan Vallet". Lo leemos en una etiqueta adherida a los *Principes de Droit Civil Français,* de François Laurent (1810-1887), el profesor de Gante. Un volumen menos que los *Comentarios al Código Civil* de Quintus Mucius Scaevola (29), aquí presentes con los de Manresa y las *Concordancias* de García Goyena. Por cierto que para identificar quién se ocultaba tras aquel seudónimo hubo problemas, de que me habló el propio Vallet. Aquellos tratados, como el de Sánchez Román, dan la sensación de sosiego, ajenos a preocupaciones de tiempo y extensión.

Para terminar con el contexto, advierto que, si en el momento de pronunciarse los discursos de ingreso en las Reales Academias, predomina su dimensión de ecos de sociedad, lo que queda de ellos es su ficha bibliográfica. En una tercera fase, el acto integral en sí, el discurso y el ingreso como tales, recuperan su autonomía, pero sin protagonismo. Nos parece conveniente mencionar aquí un trío de ellos en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(29) Un tomo, XXX, 1.º, de su continuación, *Los cuasi contratos en general y la gestión de negocios,* es obra de Núñez Lagos.

El 15 de junio de 1950 leía Núñez Lagos el suyo, *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá,* o sea la sustancia de que el documento notarial de ahora se hizo. Le contestó Manuel de Bofarull y Romañá. Nuestro notario ocupaba el sillón de Manuel Martín Veña y Ranero, un curiosísimo procurador de los tribunales, hombre de mundo y benefactor, uno de los últimos representantes de la especie de los conocidos por todo Madrid.

Los otros dos discursos, de sendos notarios, fueron contestados por Núñez Lagos. El 30 de abril de 1956 el de Roca Sastre. El 27 de mayo de 1963 el de Vallet. Los dos sucedieron a sendos santones de la Dirección General, compañeros en ella de Manuel Azaña, que fueron Casto Barahona Holgado y el citado Jerónimo González (30).

Roca trató de *El fideicomiso "si sine liberis decesserit" y el Código Civil.* Con la contestación fue una discusión del problema entre los dos compañeros, tan exquisita la cortesía que hay que esforzarse por reconocer el alcance de la discrepancia (31). Vallet trató, de la *Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima.* Núñez Lagos dijo: "Las voces fabulosas de los viejos siglos han sido oídas de nuevo en esta Real Academia. Una pléyade de viejos juristas armados con sus *consilia sive responsa* han desplegado ante nosotros la rica gama de sus *cautelae* (32)*".*

(30) Al contestar a Roca, Núñez Lagos vio en él "un ejemplo viviente de que nadie, de auténtica valía, se malogra en la oposición". Añadió que "vulnerar el sistema de oposición en cualquier actividad de la ciencia, la docencia o la Administración española, seria un rudo ataque a los niveles culturales obtenidos en los últimos treinta años de la vida nacional". Por cierto que el citado don Casto opinaba que ningún opositor salía contento del resultado, tampoco el número uno...pues no se consideraba lo bastante distanciado del número dos.

(31) Vallet intervino en la polémica suscitada.

(32) En 1961 Núñez Lagos contestó al discurso de ingreso en la Academia del historiador Alfonso García Gallo, sobre "*Ius" y Derecho,* terminando así: "El Derecho es mucho más que el *ius,* que el *suum cuique tribuere* de los romanos, concepción jurídica plana de ciudadanos congregados en la explanada del Agora, es una ordenación de arriba abajo, de normas y valores, distribución vertical de los hombres en una escala social de la Tierra y en una escala de méritos y virtudes del Cielo".

Recuerdo bibliográfico de un congreso

En 1950 se celebró en Madrid el Segundo Congreso Internacional de la Unión del Notariado Latino. La extensión a los notarios europeos del primero, dos años antes, pensado sólo para los americanos por sus organizadores en Buenos Aires, fue una consecución de Rafael, quien invocó en su apoyo los precedentes de Bolonia y la ley del Ventoso (33).

La aportación de una peseta por cada folio protocolizado ese año 1950, fue un desahogo permisivo de ciertas consecuciones, además de la acogida señorial a los colegas extranjeros (34). La que ha dejado más huella fue la edición monumental por el Colegio de Madrid de un tratado clásico de notaría o formulario notarial, la *Aurora* del boloñés Rolandino Passaggeri o *Summa notariae*, impresa en Vicenza en 1485, pero escrita más de doscientos años antes, en el siglo XIII durante el que la vida de Rolandino había transcurrido, sin que podamos precisar la fecha de su nacimiento sino sólo las del comienzo de su ejercicio, 1234, y su muerte entre 1297 y 1301 (35).

(33) En el número 556 de la Revista del Notariado, del Colegio de Escribanos de Buenos Aires, trató del tema bajo el título *Glosa sin color.*

(34) Para su sustento disponían de unos vales de acceso a determinados restaurantes. Uno de ellos era Horcher y con eso está dicho todo. Ningún otro congreso llegó a esa altura de hospitalidad y señorío. Por más que algún compañero se lamentara de que en el de París, cuatro años después, nuestra indumentaria en una función de gala de la Ópera a la que asistió el Presidente de la República, René Coty, resultara extraña por el uso del chaqué en lugar del frac. Pero se trata de una peculiaridad nacional. Un sastre salmantino me dijo que, cuando en la guerra civil Salamanca fue breve capital de esa zona, los diplomáticos se hicieron esa prenda que desconocían.

(35) Dice en el proemio sobre el título: "Este libro se llama acertadamente *Aurora* , a causa de su resultado y finalidad, ya que disipa las sombras de la ignorancia nocturna en el arte notarial, y los esplendores de su luz meridiana abren amplios horizontes doctrinales a los que se consagran a su estudio desde un principio. La Aurora, al separar los tiempos disipa las tinieblas y, sonrosada, anuncia los gratos esplendores de la luz". Sus primeras palabras habían sido: "Yo sólo fui instrumento del Artífice que creó la aurora y el sol. Él la sabiduría misma, yo el escritor. Él Maestro y Señor, yo solamente indigno vocero de tan gran Maestro y Señor. Mi papel, ciertamente, en este trabajo, se asemeja al del agricultor respecto del árbol. [...] No creas que, como caballo desbocado, me lancé por el precipicio de

Después se llamó la obra *Meridiana* (36). En la edición que comentamos se incluyeron las adiciones de Pedro de Unzola, otro notario de Bolonia en el mismo Doscientos. Para la portada se escogió la de la *Aurea summa* de Azon, impresa en Cambray el año 1537.

Un volumen de nuestra edición era el facsímil del viejo libro; otro su transcripción, la versión española, del capellán castrense de la Armada Vicente Vela, y un estudio de Núñez Lagos sobre *Rolandino y el documento notarial*. El Maestro tuvo entonces la mejor ocasión para exponer su visión de la historia y significado del documento, la fe pública y el Derecho Notarial, en el mundo y sistema actuales (37).

Rolandino definió al notario como un redactor privilegiado de los negocios jurídicos, *persona privilegiata ad negotia hominum autentice conscribenda,* e investido de la autoridad de dar fe de los documentos por él autorizados y ante él otorgados, *maxima habet aucto-*

---

un atrevimiento necio, enseñando lo desconocido y alardeando ante los alumnos de la osadía de ser maestro sublime".

(36) Escribió también Rolandino: "Se entiende por Arte la reunión de preceptos encaminados a un fin; este libro, cual lucero del Arte notarial, no escondido bajo el celemín, sino colocado sobre candelabro y brillando con destellos encendidos, contribuyó plenamente al Arte del notariado, iluminando el ejercicio de este oficio, merced al cual creció esta técnica en todos sus aspectos".

(37) Su valoración de la historia para conocer el presente era tan entusiasta que acaso algún historiador podria estimarla exagerada. En su discurso de ingreso académico dijo: "En el momento en que mejor conocemos en España la bibliografía jurídica extranjera y manejamos sus construcciones y conceptos, gracias al uso, tal vez con exceso, del método comparado, el Derecho Civil diríase, no obstante, dormido o cansado como si no pudiera abrirse camino entre tanta extraña fronda. A mi juicio, esa crisis de crecimiento no obedece a insuficiente alimento científico, hoy más abundante que nunca, sino a trastornos en el metabolismo por avitaminosis histórica. El Derecho Civil no crece mecánicamente, de afuera adentro, por yuxtaposición, sino biológicamente, de dentro a fuera, por germinación, única manera de que florezca en formas armoniosas. El método comparado fuerza la elasticidad maravillosa de nuestro Código Civil alterando el contorno y el colorido de nuestras figuras jurídicas tradicionales. [...] Las construcciones jurídicas extranjeras, aun siendo formalmente idénticas a las nuestras, tienen un significado histórico , y por lo tanto, semántico, diferente. Para avanzar nos es indispensable la historia de nuestras instituciones civiles, que desdichadamente está sin hacer". En el buen camino señala a García Gallo por su iniciada Historia del Derecho Privado, y a Federico de Castro en su también comenzado *Derecho Civil de España.*

ritate notarius, qui suis scripturis fides (38) adhibetur plenissima. El ordenamiento jurídico contemporáneo ha acuñado el reconocimiento del valor decisivo del consentimiento para modificar los derechos, lo cual ha penetrado en nuestra mentalidad de manera tan honda que, a simple vista, el hombre moderno –y el jurista moderno, el notario también– rechaza los otros requisitos antes exigidos para el perfeccionamiento del acto, como un estadio inferior de la civilización (39).

Y no vamos a negar que nuestro sistema sea más perfecto, un progreso. Para entender a nuestros remotos antepasados hay que hacer un esfuerzo. Sin embargo, éste es el mismo empeño que se necesita para deleitarse con la mayoría, por no decir todas, de las obras artísticas o literarias del pasado. En nuestro caso, esa reflexión nos sitúa ante el problema mucho más dilatado del valor de la liturgia, el rito sin más, que no debe confinarse al dominio de lo religioso o sagrado (40).

Ante todo, los actos rituales exigidos en los derechos anteriores implicaban una mayor seguridad en la prestación libre y meditada del consentimiento (41). Y al llegar aquí se nos ilumina el panorama de la intervención notarial y el reconocimiento legal de su valor. ¿No

(38) *Fides plenissima=fides publica.*

(39) Precedentes, o sea la historia del Derecho Notarial, a los que dedicó su vida otro notario, José Bono Huerta; cfr., M. Aguilar García y J. Álvarez-Sala Walther, *Les grands noms du notariat espagnol:J.B.H.,* en "Le Gnomon. Revue internationale d'histoire du notariat" núm.154 (2008,1) 21-28 (traducido de *El Notario del siglo xxi*, 2007).

(40) Naturalmente que no son equiparables esta dimensión y la seglar, pero tampoco hay una incomunicación entre ambas. Se me viene a las mientes la respuesta de un clérigo a mi comentario negativo del aplazamiento de las órdenes sagradas en una diócesis por enfermedad del prelado. Yo le hice ver que nada más fácil que la intervención de otro obispo, pues sólo habría consistido en el rito. A lo cual él me replicó que el rito era la única realidad. Y estoy a cual más lejos de toda frivolidad si trago a colación otro recuerdo: A mi amigo, el periodista deportivo Ricardo Gil de la Vega, le confié mi impresión de haber en el reglamento del fútbol algo litúrgico y, lejos de desdeñarla, la hizo suya.

(41) La índole de nuestro argumento nos dispensa de entrar en el tema de la *traditio* como requisito de la adquisición de la propiedad en el Código Civil. De hacer alguna remisión habría de serlo al tratado de Luis Díez-Picazo.

podemos ver en su regulación hodierna una actualización del ritual precedente, una encarnación del mismo en una sociedad y unas mentalidades incompatibles con su materialidad?. De esta manera, el otorgamiento y la autorización del documento llegan a ser una solemnización ceremonial en la cual está inserto el Derecho Notarial todo, la entraña del reconocimiento de la fe pública y la valoración que el ordenamiento jurídico hace del fedatario (42). En consecuencia, nos resulta raquítica la concepción del documento público ante notario como un mero medio de prueba, procesal o no.

En 1760 apareció en Módena [="Mutinensis"] un formulario del notario Antonio Pistoni, *De officio notariatus,* dividido en tres partes, las *formulae instrumentorum et ultimarum voluntatum,* las *interrogationes et responsiones* sobre ellas, y las demás cuestiones o sea sobre el *modus actitandi,* estas últimas más bien de derecho sustantivo, *citationes ac alia ex actis civilibus expedienda.*

La primera pregunta es por la definición del instrumento, y da la siguiente contestación: *Est quaedam scriptura solemnis publica manu, idest a notario confacta ad probationem negotii.* Núñez Lagos tenía este libro en su biblioteca, pero no creemos estuviera conforme.

En 1967, el canonista Rudolph Sohm *–Der Prozess der Lex Salica–* sentó la tesis de la índole real o formal del contrato en el Derecho Germánico. En 1880, Heinrich Brunner (1840-1915) subrayó la subsistencia de la *stipulatio* (43) en la Italia medieval *–Zur Rechts geschichte der Römischen und Germanischen Urkunde* (44)*–.* El procedimiento oral para la "tramitación" de la carta en el *Cartularium Longobardicum* del siglo XI incluía quince formularios notariales.

Confesamos haber tenido alguna aprensión al dejarnos llevar por esta visión de la trascendencia del papel del notario al decaer las formalidades materiales de la contratación, pero imparcialmente se

(42) Recuerdo la admonición de mis preparadores, los hermanos Benavides, de no descuidar lo que de solemne quedaba en la intervención notarial. La postura contraria podía llegar a peligrosa.

(43) Pregunta del estipulante al promitente de si estaba dispuesto a entregar algo.

(44) SOHM fue uno de los especialistas protestantes del Derecho Canónico, al que consideró como una adulteración católica de la iglesia cristiana; Brunner fue canciller del Imperio.

impone desecharlas pues está probada la significación del camino que NÚÑEZ LAGOS llamó transición de la carta al instrumento (45).

"Hacia fines del siglo XI [y un siglo antes en Roma, por lo cual este proceso en sus inicios se llamó romanización] –Leicht, *Il diritto privaro preirneriano*– los caracteres de la carta se alteran y el centro de gravedad se va rápidamente desplazando desde la actividad formal de las partes a la garantía pública del notario; esta última adquiere un valor del todo preponderante. La *manufirmatio* y la *traditio inter partes* no tiene lugar «realmente», y la mención que de ella hace el notario se reduce a una simple ficción. La carta pierde su carácter formal, porque todo su valor reposa sobre la autoridad atribuida al notario".

Dina BIZARRI –*Note sul documento privato* (=documento de derecho privado, "Privaturkunde") *nel territorio senese durante il medievo,* en "Studi di storia del Diritto italiano", y *Gli studi sul documento privato*– advierte una transformación en el procedimiento de la documentación. Se ha atenuado la actividad formalística de las partes y de los testigos, en contraste con la importancia prevalente que va asumiendo la actividad notarial en la formación de la carta. La fe documental de la carta ya no surgirá del concurso de las formas, de la *manufirmatio,* la *traditio,* la *roboratio* de los testigos y la *completio* o terminación, sino de la *fides publica* de la que está investido el notario. La *carta* se transforma en el *instrumentum,* cuya eficacia deriva de la cualidad de la persona del mismo".

Lo que aún faltaba, para encontrarnos en plena modernidad, actualidad diríamos mejor, era la identidad textual de la matriz y de la copia, pues en el medievo se distinguía ésta última de la primera, la cual formaba el protocolo de los resúmenes del instrumento o carta, protocolo que servía para reconstruir el instrumento caso necesario. El camino se puede seguir en los formularios de Bolonia, desde el *Formularium tabellionum* de Irnerio (¿1050-1130?), hasta

(45) Eso explica estas otras palabras preliminares de ROLANDINO: "Fueron publicadas en tiempos pasados algunas Sumas sobre formularios notariales, conforme a las costumbres y prácticas de aquel entonces, por algunos sabios que, aunque no carecieron de prudencia y rectitud, ni previeron ni pudieron prever las argucias futuras, y esto les sucedió por la inocencia de su alma puesto que la antigüedad no pudo pecar en materia que nunca conoció".

Rolandino "en el que se ha consolidado el concepto del instrumento referido a la escritura original del acto o contrato, alejándose de los conceptos de carta y de copia".

En la fórmula de la compraventa de Rolandino encontramos las dos palabras *vendidit et tradidit.* La *traditio* no es pues una entrega de algo, sino una manifestación de voluntad ante el notario, yuxtapuesta a la palabra de su consentimiento contractual. Lo que valía tanto como consentir doblemente en el plano verbal pero unitariamente en la realidad, siendo la duplicidad de los vocablos una reminiscencia de unos tiempos idos (46).

Adentrándose ya en el argumento ROLANDINO hace unas consideraciones muy sustanciosas, tanto que yo, retrotrayéndome a los primeros tiempos de mi ejercicio, habría podido y debido repetírmelas a diario... y hasta la jubilación, como sigue: "En cualesquiera negocios humanos de cuya ordenación legal se ocupe el notariado, conviene advertir dos extremos, a saber: el *ius* y el *factum*, la cuestión de derecho y la cuestión de hecho. Ambas se estudian minuciosamente en esta obra, que es como el lucero matutino del arte notarial (47)". Acaso ha podido parecer exagerada mi valoración de este texto, pero no solamente entiendo por "hecho" el supuesto de la realidad al que se va a aplicar el Derecho, sino todo su contexto, incluido el aspecto ético de la materia y los factores humanos a tener en cuenta en el asesoramiento. Así continúa:

"En efecto, el *derecho* lleva de la mano al conocimiento del arte notarial; el *hecho,* a la facilidad en el ejercicio. Se engaña quien, sin estos dos recursos, pretenda conocer el arte notarial, de donde se deduce que han de armonizarse en un buen notario. De uno y otro surgirá cierta coyunda armoniosa para que, sin arte, no yerre como ciego en la aplicación de las leyes, ni resulte infructuoso por falta de habilidad en el ejercicio notarial". Tan nítido que dispensa de comentario (48).

---

(46) De ahí la dificultad de explicar la *traditio* en el derecho vigente, con su distinción entre el titulo y el modo. Recuerdo el estudio que de ella hizo mi compañero de Salamanca, Hipólito SÁNCHEZ VELASCO, un magistral ejercicio intelectual, pero que a veces tenía que moverse en un terreno especulativo.

(47) Al desarrollar cada fórmula, Rolandino se adentra en el Derecho Civil.

(48) Menos necesitada de exégesis es su siguiente recomendación:

Volviendo a la acuñación del protagonismo notarial en el documento público en esos tiempos de los Glosadores, hay que plantearse también la cuestión de la autoría del mismo como los historiadores del derecho han expuesto, por cierto un argumento que no ha perdido actualidad ni la podrá perder en futuro alguno.

El notario autor del documento

La primera distinción que se impone para dilucidar el problema es entre la declaración de voluntad y la elaboración documental. A simple vista, la solución parece fácil, la parte sería autora de la declaración y el notario del documento, pues la parte no escribe la declaración, sino que lo hace el notario o su amanuense.

Pero la cualidad de autor no se pierde por no escribir lo que se ha manifestado, ni siquiera por no firmarlo. De manera que el *rogator* sería autor del *rogito* escrito por el *rogatarius.* Sin embargo esto sólo es un aspecto de la cuestión. Pues por otra parte, si volvemos a fijarnos en el papel del notario, advertimos que es algo más que un copista. La relación de la parte con el notario en cuanto al documento va más allá de la que hay entre el notario y el amanuense si éste existe. El notario es por lo menos un redactor y no gramatical. El que da veste jurídica a la declaración de la parte. Un cometido susceptible de cierto desarrollo, pero que tangencialmente se relaciona con todo el resto de la función notarial, incluidos los antecedentes.

"Para facilitar la práctica se tendrá a mano un formulario de cada uno de los instrumentos o escrituras". ¡No debemos ocultar que incluso los de Francisco Lopera, en la década de mi ingreso, con sus amables cubiertas, cumplieron su misión en los días de las novatadas! Citamos a Núñez Lagos: "Para fórmulas notariales, los más viejos se contentaban con las de Zarzoso –*Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos,* 6.ª, 1910– o Tirso de la Torre –*Colección de ejemplos y plantillas de escrituras y documentos notariales,* 1907: otros, con las de Novoa Seoane– *El progreso del instrumento público,* 1898–, los más progresivos con Sancho Tello –*Redacción de instrumentos públicos,* 1914–. No se pensó que los libros prácticos del *Arte de la Notaría* se preocupaban del *cómo* y descuidaban la cuestión del *por qué.* El *por qué* hay que buscarlo en glosadores y comentaristas universales y universitarios". Para la Edad Moderna, véase J. Bono Huerta, *Los formularios notariales españoles de los siglos xvi, xvii y xviii,* en los "Anales de la Academia" (1978).

Antes de proseguir tenemos que referirnos a la situación anterior al *instrumentum,* a la *carta.* Ésta documentalmente se desdoblaba en *carta* estricta y *breve.* La declaración de voluntad se desdobla a su vez en parte y destinatario, división por lo tanto del documento en dos, no teniendo el destinatario ninguna autoría. El *breve* era lo que quedaba en el protocolo, y su autor era indiscutiblemente el notario. Pero en esa fase nuestra indagación es la de la autoría de la *carta.* Y en cuanto al problema que nos ocupa, la estricta calificación de la intervención notarial, no implica variación respecto de la que tiene lugar en la etapa siguiente (49).

Viniéndonos bien un cotejo con una situación y materia distintos, los de la obra literaria. Antes de la imprenta, era corriente que los autores aceptaran la salida al mundo de sus obras, su inmersión en una circulación abierta a algunas modificaciones, cual una cierta re-creación parcial. Algo que nos cuesta trabajo entender y que llegó a determinar la hostilidad de algunos al invento de Gutenberg, en el que veían la amenaza de una cierta desvitalización fría de su creación. Podríamos pensar incluso en una levísima coautoría de los destinatarios, y no tanto los meros lectores como los copistas del manuscrito

¿Qué decir, a la vista de esa mentalidad, de la entrega al notario, escrita u oral, de su declaración jurídica por un profano en Derecho? Una coautoría no es admisible, pues la posición del fedatario y las partes es muy diversa, y naturalmente que no lo decimos pensando en jerarquización alguna, sino estrictamente en su relación dentro del acto jurídico y su formalización.

Así las cosas, parece que incluso las advertencias legales, el juicio de capacidad, y sobre todo la misma investidura ínsita en la dación de fe, todo ese ritual de la audiencia notarial, la lectura y la suscripción del documento, abonan la autoría del notario, quedando por otra parte situadas las partes en la esfera del imperio de la voluntad decisoria.

(49) Esta es la postura de Brunner. Vindicada en 1931 –Schultze von Lasauls, *Beitrage zur Geschichte der Wertpapierrecht*– frente a contradictores intermedios –Freundt, *Wertpapiere im antiken und früuhmittelalterlichen Recht,* y Brandleone– *Origine e significato della* "traditio chartae", en "Storia del Diritto privato italiano"

Estas consideraciones nos han llevado del medievo notarialmente avanzado de los Glosadores de Bolonia a la plena actualidad. Glosadores que dieron el paso decisivo al unificar las dos partes de la *carta* y hacerla matriz en el protocolo, protocolo que de esa manera lo fue de veras. Los coetáneos de Rolandino eliminaron la *imbreviatura*, sustituyéndola por el mero requerimiento de los otorgantes al notario, requerimiento que pasó a ser una mención en el documento, "un acto extradocumental consistente en la instancia de las partes. La redacción se hace siempre en forma objetiva, las reglas y fórmulas se refieren al protocolo, y se llama *instrumento* al documento notarial que contiene un acto o contrato sin ceñirlo a la matriz ni a la copia, copia a la que se denomina ejemplar, que es la transcripción literal de su matriz o *exemplum".*

En la misma "dirección de avance romanizador", también en Bolonia se escribió el *Ars notariae* de Salatiel, entre 1242 y 1254 (50). Su definición del notario es concreta y precisa, diríamos que exacta, ajena a los epítetos, *publica persona publicum officium gerens ad cuius fidem publice decurritur ut scribat et in publicam formam reducat ea que ab hominibus fiunt.* Comienza diciendo que la profesión notarial es loable y necesaria para la vida humana. Y da a los fedatarios un consejo que leído de una cierta manera puede ser de valor perenne, a saber que lo que el notario va a escribir lo tenga antes en el corazón que en la boca, y que el preámbulo del acto a autorizar sea su meditación y discernimiento consigo mismo. Incidiendo pues en la relación entre el autorizante y el otorgante, enfocada desde la humanización del derecho (51).

Salatiel comenta las varias denominaciones de los fedatarios. La etimología de la palabra "notario" es clara. De nota se deriva el que

(50) En la Biblioteca de Cataluña hay un manuscrito de la obra, el 284, del que se publicó un facsímil con traducción de Nuria Téllez y una nota filológica de Pere-Enric Barredas (Barcelona, 1996). Cuando SALATIEL exige redactar una nota previa con el requrimiento a la intervención notarial, no está sin embargo en el sistema superado de la *imbreviatura,* lo cual se deduce de su terminología unificada "et si contractus sit talis qui celebretur in scriptis, primo faciat notam scedeam seu rogationem et postea publicum instrumentum".

(51) Algo desde luego más actual que otra recomendación, no escribir en el pergamino por la parte del pelo ni por la parte de la carne si está agujereada o raspada, para evitar posibles enmiendas y falsificaciones.

anota. Consultar el Diccionario Etimológico de Corominas es una curiosidad para deambular por las derivaciones a otras acepciones. Pero el Bononiense aprovecha la procedencia, a pesar de su nitidez, para recordarnos nuestro deber fundamental de fidelidad y veracidad. Notario es el que anota la verdad, *quia notat et notabiliter et fideliter in scriptis reducet ea super quibus ad eius fidem decurritur.* Los nombres de tabelión y escribano no pueden ser más claros; los notarios escriben y antes lo hacían en tablillas. Aludiendo a otras designaciones que pasa por alto, SALATIEL recoge por último la de *scrinearii,* porque los documentos notariales *in scrineis reconduntur.* Escriño a veces es sinónimo de biblioteca, pero su acepción predominante es la de arca para guardar papeles. Decir que el notario es el hombre del escriño vale tanto como del protocolo. Por lo tanto nada caprichosa la variante.

Accipite librum et devorate illum

Resulta viviente esta admonición del Apocalipsis al deleitarse entre los libros antiguos de la biblioteca de Rafael, conservados juntos en la del Colegio, siendo deseable su colocación junto a los de VALLET. Aunque abrume la monumentalidad de sus grandes infolios. Que debemos empezar por dos ediciones del *Corpus iuris civilis,* una de 1650 en Lyon, y otra de 1781 en Colonia (52).

Los ocho de la edición lyonesa de Bártolo, son de 1733, en austera encuadernación mudéjar, ésta bastante representada (53). El dicho latino que identificaba buen jurista con bartolista es una exageración pero nada más, de manera que estuvieron acertados Mozart en *Las bodas de Fígaro* y Rossini en *El barbero de Sevilla,* cuando al necesitar una cita de dedicación y sapiencia jurídicas recurrieron a su nombre. Hay que tener en cuenta que su sabiduría se extendió a todo el Derecho, sin arredrarse ante las fronteras de lo público y lo privado.

(52) Con comentarios de Dionisio GOTOFREDO, Francisco MODII y Simón VAN LEUWEN.

(53) A propósito del nombre, recuerdo que mi profesor, lamentablemente sólo esporádico, Florencio VALENCIANO ALMOYNA, nos dijo que un profesor de Santiago, no dejó continuar su examen y suspendió a un alumno que pronunció la palabra como llana, Bartólo. Pese a ir contra el uso en contrario yo estimo que esa decisión no fue justa.

En Lyon, dos siglos antes, 1545, habían salido de los tórculos los seis tomos del comentario al Digesto, *Repertorium in Iasonis Mayni*. Tres años después los siete de Paulo Castro, *Pauli Castrensis in primam Digesti,* a cuyo autor, exponente de la sapiencia paduana, se ha relacionando con Carlyle. A pesar de su tamaño, los índices ocuparon uno entero, *Iuris studiosis commoditatem non exiguae futuros, in quo praecipuae tam res tam sententiae* [...(54)]

Pasando a la centuria siguiente, de 1667 encontramos el *Quotidianarum controversiarum iuris* de Juan Castillo de Sotomayor, dedicado a Francisco Salgado de Somoza, y de tres años antes, en Venecia los cuatro volúmenes de las *Controversiarum forensium,* del mantuano Francisco Ciríaco Negri.

De 1730, y volvemos a Lyon, con alguno impreso en Colonia –son los ocho tomos de las obras completas de Juan Gutiérrez, doctoral de Ciudad Rodrigo y abogado "civitatis Placentinae", y del mismo año en La Haya, los tres del *Novus thesaurus iuris civilis et canonici,* de Gerardo Meerman; placentino también fue Alfonso de Azevedo, autor del comentario al Derecho Civil de España, impreso un año antes en la misma ciudad primada de las Galias. En 1726, en Venecia, el cardenal Juan Bautista de Luca había llegado a diez y siete tomos en su *Teatrum veritatis et iustitiae,* que también hemos visto en la biblioteca de Vallet. En la ciudad de Luca precisamente salieron los doce de Hugo Donelli, de 1762 a 1770, *Commentariorum de iure civili*; en Nápoles el año 1768 los cuatro de los comentarios a las Constituciones de Justiniano, de Jacobo Cuiacio. Por nuestro Antonio Agustín empieza un inmenso cuerpo de comentaristas, el *Thesaurus iuris romani continens rariora meliorum interpretum opuscula,* impreso el año 1783 en Utrecht [*Trajecti ad Rhenum*] por Johanes Broedelet. En Ginebra habían salido diez y nueve años antes las *Opera Omnia* del obispo de Segovia Diego de Covarrubias y Leyva, cuidada la edición por Johannes Uffeli, de Bruselas. Ya sabemos que esos tratadistas escribían muy alejados de la prisa de nuestro tiempo (55).

(54) En el frontispicio hay una salamandra, rodeada por el lema *Virtuti sic cedit invidia,* y dice el pie de impenta *Lugduni ad candentis salamandrae insigne, in Vico Mercenario apud Senetonius fratres.*

(55) Los canonistas consideran que el último de ese estilo en su gremio en el siglo xx fue el capuchino Gommar Michiels (1890-1965), comentarista del *Codex* sin perder de vista las *Normae generales* y los *Principia generalia*.

Se imponía la necesidad de guías para su manejo, como el *Modus legendi abbreviaturas passim in iure tan civili quam pontificio occurrentes,* aparecidas el año 1612 en Venecia, en un pequeño volumen conjunto con las *Flores legum secundum ordinem alphabeti;* un paduano, Paulo Roselli el impresor.

Yo confieso tener una tentación ante estos inmensos infolios. Es la del mariposeo intelectual, abrirlos al azar y detenerse en lo que éste ofrezca. La multiplicidad de cuestiones abordadas por su inevitable casuismo, el abigarramiento de las notas y a veces los recuadros necesarios para continuar sin confusiones ni fatiga la exposición, invitan a eso. Incluso cuando uno se conforma con manejar la edición del *Corpus iuris civilis* de principios del siglo pasado y fines del anterior –de Theodor Mommsen la del Digesto, las *Novelas* de Rudolph Schöll y Wilhelm Kroll, y el resto de Paul Krüger–, aunque si se hace en la reimpresión de Berlín de 1954 a 1959 puede ser perturbadora la elegía a la decadencia por los tórculos perdidos.

Es más fácil imaginarse al maestro entre sus clientes, ante los siete tomos milaneses en cuarto menor de la versión italiana, *Il nuovo perfetto notaio o la scienza dei notai,* de la obra francesa de C. J. DE FERRIÈRE, actualizada por A. J. MASSA (56) y vulgarizada por Antonio ASCONA 1810 (57). Cualquier notario, en cualquier país, ¿no puede contar en su ascendencia la sucesión de las generaciones de fedatarios desde la noche de los tiempos hasta su toma de posesión (58)?.

En el proemio se recomienda a los notarios una atención a las ciencias filosóficas y sociales, por descansar en ellos la fe de los pactos del hombre en sociedad, y ser los reguladores de las obligaciones que quiere contraer (59). Aludiendo al mantenimiento del notariado en la Revolución, la única institución salvada que dice, se

(56) Éste notario de París y profesor de Notariado en la Academia de Legislación; autor de la *Jurisprudence et style du notaire.*

(57) La edición italiana trató de ser un complemento de *Il notaio instruito,* del milanés Francesco María CERCANO, muy útil pero exclusivamente práctico.

(58) No son materia extraña los "Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos" publicados por el Colegio Notarial de Barcelona, primeramente integrados en la revista "La Notaría".

(59) Recordemos los *Estudios históricos filosóficos sobre el Notariado,* de Félix María FALGUERA (Barcelona, 1894).

interroga: "¿Cuál otra podría pretender una estabilidad mayor que la que sirve de refugio a la buena fe y de seguro contra el fraude? Gracias a ella todas las transacciones de la vida humana se pueden hacer con seguridad, pues abraza en su esfera todo lo que cae en el comercio de los hombres".

Dirigiéndose a sus colegas, en la Academia de Legislación de París, se expresa en esos términos: "La profesión a la que os dedicáis es modesta y no muy luminosa no resplandece en el teatro del mundo, no aspira a la gloria fastuosa que tienen el orador, el poeta y el guerrero, pero ejerciendo honorablemente vuestras funciones gozaréis de todas las delicias de una gran consideración privada (60). Vuestros nombres no pasarán a la posteridad, pero el recuerdo de vuestros beneficios se conservará en las familias durante todo el tiempo en que recojan sus frutos. No viviréis durante un gran número de generaciones, pero mientras existáis tendréis el cariño de aquellos a los que no habréis dejado de guiar y prestar vuestro consejo.

A menudo habréis prevenido las discordias entre hermanos, padres e hijos, reavivando amistades apagadas por el interés, y si el reconocimiento no sigue siempre a vuestros desvelos, sabed que tendréis el premio que nunca puede faltar, la dulce certeza de haber cumplido el destino más hermoso del hombre en la tierra, ser útiles a sus semejantes".

Se insertan discursos del tribuno Jean Favard (1762-1831) que, luego de aludir a esa innecesariedad de reorganizar el notariado tras la Revolución, estimó que se imponía su reglamentación en el nuevo régimen, por ser el notario "el confidente de la mayor parte de los pensamientos de sus conciudadanos" y su oficio "una magistratura que es la piedra angular del edificio social, regulador de las obligaciones que quieren contraer los hombres".

---

(60) No resisto la tentación de consignar un recuerdo que se me viene a las mientes. Yo oí a Salvador Dalí en la televisión que su padre había sido notario y poeta. El dato me interesó pues entonces estaba recogiéndolos sobre notarios escritores. Escribí a una hermana del pintor, y me contestó que su padre no había tenido ninguna actividad poética ni literaria. Naturalmente yo no sé nada más del notario Dalí, pero se me ocurre si en casos parejos no ha habido talentos ocultos en el notariado que de haber pertenecido a otros cuerpos habrían gozado de exhibición –si es que de goce puede hablarse–.

Por su parte, el Diputado a los Estados Generales, Pierre Mathieu JOUBERT (1748-1815), subrayó que la función notarial es una emanación de la autoridad pública, siendo la autenticidad inherente a los actos de aquélla". Y a pesar de ser un tema ajeno a la sustancia de su intervención, se fijó en el papel del documento notarial como fuente de la historia, de manera que aunque por una generalización de la buena fe se hiciera menos acuciante la protección de la fe pública, el protocolo serviría para transmitir a las generaciones sucesivas lo que habían hecho las precedentes.

Pasando al contenido de estos volúmenes de pequeño formato, naturalmente de una sencillez tipográfica en nada parecida a los infolios del antiguo régimen, tienen una densidad y variedad que se sigue prestando a ese esponjarse de una a otra de sus páginas.

En uno de los solemnes libros de esa biblioteca hay uno de aquellos sobres azules, dirigido a Rafael, en la calle de Zurbano. Está franqueado con solo dos céntimos del "Estado Español". Tan baja tarifa no podía corresponder a una carta, quizás sí al anuncio de una novedad libraria. Son entrañables esos insospechados encuentros entre páginas.

El Derecho Notarial

NÚÑEZ LAGOS no escribió un tratado de Derecho Notarial, sino que acertadamente recopiló sus trabajos sobre la materia en sus *Estudios de Derecho Notarial*, prologados por VALLET DE GOYTISOLO, prólogo imprescindible para conocer las distintas concepciones que ha habido del Derecho Notarial, distintas aunque la mayoría no incompatibles.

Sea cual sea la que se prefiera o adopte, no se puede negar que, la ciencia de aplicación del Derecho en que el Notarial consiste, es "enciclopédica" –el adjetivo es de CASTÁN– en cuanto abarca todo el Derecho, y no hay en éste ningún aspecto eximido potencialmente de algún contacto con los hechos de trascendencia jurídica que caen bajo la intervención de la fe pública (61). Por eso es más fructífero

(61) En ello insistieron el *Tratado de Notaría,* de FERNÁNDEZ CASADO (1895), los *Elementos de Derecho Notarial* de José María MENGUAL Y MENGUAL (1931), y la *Guía para el estudio de las lecciones de Práctica forense y Redacción de instrumentos públicos* de TORRES AGUILAR (1922).

ocuparse separadamente de unos y otros que construir una exposición de conjunto arrostrando el riesgo de invadir las esferas del Derecho sustantivo para hacer la consulta inteligible.

NÚÑEZ LAGOS presentó su noción de *El Derecho Notarial* en la memoria al Congreso de París el año 1954 (62), reivindicándole como un Derecho objetivo, el del ordenamiento jurídico del notariado y del instrumento público, separado del Derecho sustantivo de los negocios jurídicos instrumentados (63).

Como Derecho del instrumento nos parece acorde a la función autenticadora subrayada por Fausto NAVARRO AZPEITIA –*Legislación notarial,* 1930, y Luis RIERA AINSA– *Derecho Notarial* en "Nueva Enciclopedia Jurídica", 1950, ello inevitablemente mediante la dación de forma jurídica que prefiere como definitoria GONZÁLEZ PALOMINO –*Instituciones de Derecho Notarial,* 1948 (64). Mientras que el concepto de relación jurídica notarial de SANAHUJA SOLER –*Tratado de Derecho Notarial,* 1945– nos lleva a la que se da entre autorizante y otorgantes, de la que ya hemos dicho y sobre la que volveremos. La llamada justicia reguladora, de legitimación y seguridad jurídica, nos sitúa en sus resultados y es la justificación de la función notarial –OTERO VALENTÍN– *Sistema de la función notarial,* 1933; Antonio VÁZQUEZ CAMPO, y también MONASTERIO Y GALÍ–, siendo más bien una cuestión de nomenclatura la tesis que se enuncia procesalista jurisdiccional (65) –el mejicano LAVANDERA y Antonio BELLVER CANO– *Técnica para un proyecto de Ley del Notariado,* 1930 (66).

Con esto no estamos postulando un sincretismo cómodo, sino ateniéndonos a la realidad, lo cual desemboca en las concepciones

---

(62) Sus conferencias en las Facultades de Montevideo y Guatemala, en 1956 y 1957, son un desarrollo casuístico de su entidad fundamental.

(63) Remitimos al prólogo de Vallet para el nacimiento del derecho civil científico en Francia y su relación con el pandectismo alemán para el que fue decisiva la intervención de SAVIGNY; por no hablar del Derecho Administrativo, con las definiciones de ROYO VILLANOVA y GASCÓN Y MARÍN.

(64) A la que se inclinó don Federico DE CASTRO al inaugurar la cátedra de Derecho Notarial.

(65) La tesis administrativista de MONTEJO no es aceptable sino para la organización del notariado y los requisitos para adquirir la condición de notario y ejercer la fe pública. Similar a la que se puede postular con esa limitación para los jueces y tribunales.

(66) Habría que traer aquí a colación la cuestión tan actual de la puesta a cargo del notariado de una parte de la jurisdicción voluntaria.

del propio Núñez Lagos y de Vallet. La producción del instrumento es la de aquél, y la de Giménez Arnau –*Introducción al Derecho Notarial,* 1943–, y Pedro Jesús de Azurza y Oscoz; la centrada en la persona del notario la de éste, Antonio Rodríguez Adrados y Vicente Font Boix (67).

El documento y la fe pública

Núñez Lagos disertó sobre el *Concepto y clases de documentos* en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Su conferencia fue un alarde de exhaustividad expositiva y clasificatoria, empezando por la corporeidad de cualquier documento, tanto en la cosa como en la grafía, del ladrillo al papel o *Charta damascena,* y del *calamus* al *incausto*. Nadie podía imaginarse los soportes que han venido después. Pero los principios entonces sentados les son aplicables.

Seguidamente trató del autor del documento en el ámbito del Derecho y de sus requisitos- expresividad objetiva de un pensamiento y recognoscibilidad-, así como de su índole de revelación de hechos jurídicos. Enunciando el principio, esencial para el Derecho Notarial, de que el "documento vale para el orden jurídico con independencia de su aptitud probatoria, porque al exponer un hecho que no es indiferente al derecho, el documento es a la vez hecho jurídico, y los efectos de los hechos jurídicos son independientes de su prueba".

En cuanto al documento privado expuso que "vale cuando se ha injertado en un acto público, no siendo nunca eficaz *in acto*, por ser documento, por lo que enseña, *docuit,* sino que jurídicamente es documento *in potentia,* porque su autoría puede ser legalmente recognoscible ante un funcionario público. Las normas jurídicas que le conciernen son normas formales o de procedimiento *para* el reconocimiento, pero nunca normas sustantivas o preceptos de valor, que sólo entran en juego una vez reconocido el documento".

En Montevideo volvió a ocuparse de la *Clasificación y efectos de los documentos.* A guisa de ejemplo de sus aplicaciones al Derecho Notarial, citamos su postura en cuanto a "las declaraciones de ver-

(67) Por eso nos parece acertado el título, aparentemente extraño y pretencioso, de Monasterio y Galí –*Biología de los derechos en la normalidad y su representación* (1901)–.

dad en que los interesados relatan hechos pretéritos que acaecieron *antes* del momento del otorgamiento y fuera de la audiencia notarial. Cuando se refieren a actos propios del declarante tienen lo que se llama *valor confesorio,* es decir, de confesión judicial. Cuando se refieren a actividades ajenas estamos fuera de este valor, es una especie de prueba testifical, vale en cuanto está penado decir falsedad en documento público".

En este extremo se nos ocurre un cotejo con los documentos como fuentes de la historia. Pues también en esa esfera los privados está sujetos a un previo examen de su autenticidad por el historiador, manteniéndose por lo tanto en el ámbito erudito su diferencia de los públicos

En dichas Facultades de Montevideo y Guatemala, Rafael trató de *La fe pública* con la misma exhaustividad casuística, siendo una guía de valor permanente para su aplicación a las distintas hipótesis de la realidad y el Derecho.

En la sala de sesiones de la legislatura argentina de Jujuy, con el título de *Tres momentos del título notarial,* se ocupó de un aspecto concreto, pero revelador desde el punto de vista de la irradiación del documento público. Los tres momentos son el examen de los títulos anteriores, la redacción del nuevo documento, y el momento de inmunidad del nuevo título a consecuencia de la proyección (legitimación) del momento primero en este tercero". Se trata de un ejemplo de cómo la solución de un problema muy concreto, en este caso las cartas credenciales del transmitente, el alcance y eficacia de la titulación pública que le acredita en el tráfico jurídico, "tema algo olvidado por la doctrina notarialista", puede dar pie al buceo en unos antecedentes históricos no irrelevantes para la realidad actual del problema, a saber la *traditio chartae* y el sistema de los *otores,* o sea la llamada a los sucesivos autores existentes a lo largo del tracto sucesivo, sistema que se encuentra en las leyes germánicas y nuestros fueros municipales, y que la recepción romanista cambió por la *reivindicatio* y *probatio diabolica* a cargo del demandante.

El rigor de Núñez Lagos en en estas últimas aportaciones, me recuerda la opinión que yo oí a algunos profesores en mi paso por las Facultades de Letras, de ser la formación jurídica una buena herramienta para el cultivo de las humanidades.

Del *Contenido sustantivo de la escritura pública* trató su contribución al centenario de la Ley del Notariado. Se mostró en desacuerdo

con Carnelutti, Candian y De Bono, faltos de análisis del fenómeno de la documentación notarial, sin tener en cuenta que "la escritura publica, como recepción por el notario de una declaración de voluntad negocial, puede llenar las funciones más diversas, tantas cuantas clases de negocios jurídicos, nominados o inominados puede contener". Para ellos, el notario no recibe más que declaraciones de verdad, porque las declaraciones de voluntad estarían previa o a lo sumo contemporáneamente formuladas a la autorización del fedatario. De esa manera no habría diferencia entre escrituras y actas. Núñez Lagos replica que "en la formalización de la escritura pública, por y dentro de su unidad de acto, la recepción por el notario de la declaración de voluntad, la lectura solemne y el consentimiento de las partes al texto contractual, exigidos por la legislación notarial, son simultáneos *in continenti*, y por lo tanto el *tenor negotii* no la representa sino que es la misma declaración de voluntad actual de las mismas". Habiendo en la escritura tres partes que corresponden a otros tantos momentos, a saber la auténtica que sobre el *presente* establece el notario; la *confesoria*, en que las partes despejan y definen su pasado; y la *normativa,* en la que se vinculan para el futuro, bien estableciendo nuevas normas, bien confirmando las viejas". Como un desarrollo exhaustivo de este tema podemos considerar el volumen, luego también incorporado a la recopilación, *Hechos y derechos en el documento público,* con abundancia de los antecedentes históricos

Por el camino de la vida del documento notarial después de su creación, Rafael también se ocupó del tercero registral, ese tercero ya aludido en el que le parecía se entretenían sus compañeros con preterición de otros aspectos más propios de su oficio. Al primer Congreso del Notariado Latino, el de 1948, presentó una extensa memoria sobre *El Registro de la Propiedad Español* (68). Exponía la legislación comparada, no demasiado conocida en ese ámbito y con su pluma galana resumía: "Los derechos reales nacen desde luego fuera del Registro con arreglo al más estricto Derecho Civil tradicional. Pero el tercero, el posible *reus adversus realem actionem*, si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. Frente a la persecución de la acción real, en el Registro

(68) No recogida en su recopilación, se publicó en los números 250 y 251 de la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario".

hay un derecho de asilo; frente a las embestidas de derechos extrarregistrales, la inscripción, como ha dicho González Palomino, es un burladero. Tal es la posición del Registro español: el Registro no es cuna, sino asilo. En el castillo no se nace, se defiende. Naturalmente, el derecho de asilo se gana acogiéndose a lugar sagrado, entrando en el Registro. [...] *Inter partes,* el problema del título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho Civil". O sea que se trata de un sistema en la órbita germánica, asentado en el principio de publicidad, *Drittwirkung,* frente al principio de inscripción sustantiva, *Grundbuchsystem, Prinzip der formalen Rechtskraft,* o *Buchstandesprinzip* (69).

Su lección en la Cátedra de Derecho Notarial de la Universidad de Sevilla en 1965 trató de los *Efectos sustantivos de las actas notariales.* ¿Cómo clasificar esa selva, ese mar mejor, de los hechos variopintos susceptibles de ser materia de acta, a veces pintorescos, incluso peligrosos, muy a menudo con pretensiones policíacas, con aspiraciones de exigir al notario un saber enciclopédico e inclusive haciendo hincapié en compartimentos extraños? Sin que falten recursos impertinentes al centro directivo a propósito de su casi siempre obligada falta de aceptación del requerimiento. Núñez Lagos sienta casi en términos filosóficos: "Si las actas tienen por contenido un hecho, habrá que acudir para analizarlas y clasificarlas a las categorías de hechos que hemos recibido de la técnica jurídica. Y a este efecto, con vistas a los hechos, conviene recordar ciertos conceptos elementales de la *Teoría general del Derecho",* y su división en involuntarios –hechos naturales o materiales– y voluntarios –llamados actos jurídicos, éstos lícitos o ilícitos–. Con que de ahí... a las olas de la mar.

(69) De la relación entre notaría y registro se ocupó en el artículo *Perfiles de la fe pública;* "recibir y configurar el consentimiento dentro de la ley, redactar las declaraciones de voluntad, ha sido desde hace más de un milenio la labor de los notarios. El notariado en la Europa del Sur, se vigoriza en la Historia a medida que decaen o desaparecen las formas ceremoniosas. El notariado es hijo del *espiritualismo* en la contratación".

El Notario y los otorgantes

El documento investido de la fe pública surge en la audiencia notarial, cuando el notario le signa, firma y rubrica, a continuación de las partes. Pero ése es el último acto de un proceso a veces largo, y generalmente entrañado en la actuación profesional del fedatario, de la que hace parte el asesoramiento. Por eso hemos de volver a su persona, como tipificadora del Derecho Notarial.

Este proceso no es una audiencia. Tiene lugar en la intimidad de esos despachos recoletos que NÚÑEZ LAGOS contraponía a las ventanillas de otras actuaciones públicas, ante las cuales inevitablemente se forma una cola (70).

Hemos visto que VALLET hacía hincapié en la persona del notario como clave del Derecho Notarial –el profesional del Derecho y funcionario público en la definición de RODRÍGUEZ ADRADOS; profesional del Derecho ejerciente una función pública, de FONT BOIX.– Pero es evidente que también la concepción del Derecho Notarial y del documento público de NÚÑEZ LAGOS se asentaban tácitamente en esa valoración esencial del protagonista de aquél y autor de éste. Precisamente la peculiaridad del ejercicio notarial, su distinción de las otras funciones públicas, hacía más determinante a la persona de su ejerciente que a cualquiera otra en casos parejos para la configuración del menester.

Una función que para los notarios de la España contemporánea resultó más difícil pero fue más fructífera a causa de una situación no demasiado conocida en la que NÚÑEZ LAGOS hizo hincapié. Nos estamos refiriendo a los notarios posteriores a la Ley del Notariado de 1862, la carta de naturaleza de la fe pública y los fedatarios en una sucesión hasta hoy ininterrumpida. Esa Ley "copió servilmente la Pragmática de Alcalá de 1503, extendiéndola a las regiones de fuero. En lo demás el instrumento público quedó regulado por la legislación anterior al Código Civil, [Código que] aparte testamentos, innovó poco en la técnica del mismo, pero al derogar en bloque la

(70) Esto no implica desdén hacia los profesionales que están detrás de la ventanilla, cuando ése es el caso. Al contrario, la sustitución de los funcionarios por trabajadores eventuales y la supresión o el menoscabo de cuerpos especiales son una amenaza al Estado y la sociedad en la misma línea que las persecuciones al notariado.

legislación anterior, dejó a la función notarial y el instrumento público en una gran penuria normativa, que tampoco remediaron los sucesivos reglamentos". Y la solución llegó por obra y gracia de la reflexión y la dedicación de los notarios , a su "intuición y pericia al redactar los documentos, de espalda a los precedentes de Alfonso el Sabio". Desempeñando así una función social que han de tener en cuenta los historiadores de la sociedad de la época, como ya han hecho algunos (71).

Llegado aquí, y brindándolo como homenaje póstumo a Rafael, voy a terminar sugiriendo un paralelo entre el notario y el médico. Entre la relación de aquél con el requirente de su fe pública, y la de éste con el enfermo.

Ante todo, comienzan por coincidir ambos menesteres en esa presencia inmediata de sus profesionales como personas, ineludible aunque a veces sea tácita y, si no suplantada, de protagonismo aparentemente soslayado por otros aspectos. La medicina no se concibe sin el médico con el paciente. El notariado no se concibe sin el notario en contacto con las partes.

Laín Entralgo (72) distingue en la historia clínica de la edad contemporánea tres fases sucesivas dependientes de la concepción de la enfermedad con vistas al diagnóstico y tratamiento. La anatomoclínica buscaba la lesión, el signo físico; la fisiopatológica, la etiología del morbo y la alteración de la función. La siguiente era la preponderancia de la relación entre médico y enfermo, asentada en el aspecto personal, biográfico, de éste.

Hubo médicos formados en los sistemas anteriores que se convirtieron al nuevo durante la Gran Guerra. La necesidad de improvisar

(71) "Lo acaecido con las sociedades limitadas antes de la nueva ley viene ocurriendo con la mayor parte de la normativa sobre instrumentos públicos". Faus Esteve, tras estudiar los protocolos de sus compañeros de Barcelona, llegó a la conclusión de que toda la normativa de las sociedades anónimas se podía extraer de ellos, antes de la promulgación de su ley. Donde más hemos visto valorar la función social de los notarios desde este punto de vista ha sido en la historia de Cataluña, lo cual nos hace reflexionar, por tratarse de un territorio en fase de industrialización, pensando que la modernidad necesaria y de buena ley no está reñida con el mantenimiento de la tradición y las formas.

(72) *La historia clínica. Historia y teoría del relato patográfico* (Madrid, 1949).

hospitales de campaña y atender a los heridos sobre el terreno, faltos del laboratorio, que era la piedra angular de las tesis anteriores, les abrió ya que no otro mundo sí otra visión, la persona del enfermo sin más, antes no ausente pero sometida a esos otros enfoques.

Uno de ellos fue Viktor von Weizsäcker. Éste pensaba que la esencia del estar enfermo es un estado de necesidad que se manifiesta en una petición de ayuda que el paciente hace al médico. La relación hombre menesteroso y hombre capaz de ayuda tiene una correspondencia objetiva con el estado de enfermedad y el auxilio de la medicina. Pero esta relación no se asienta en la compasión del fuerte por el débil. Pues en el enfermo hay un oscuro sentimiento de superioridad metafísica que le es otorgada por el hecho de sufrir se puede hablar del orgullo del enfermo. Mientras que el médico hace suya una prosecución esencial de la vida del paciente, una especie de transferencia del proceso morboso.

A simple vista parece que no es fácil la trasposición de estos fenómenos a la relación del notario con los requirentes de su fe pública en el ejercicio del notariado. Pero no hay entre ellos una distancia insalvable. La confianza del otorgante en el notario tiene algo de común con la del enfermo en el médico. Y tanto el enfermo como el otorgante se encuentran en una situación que hace, que va a hacer parte de su vida, aunque sea por motivos distintos y en categorías diversas.

Naturalmente hay que moverse en terreno serio y alejar todo patetismo. Hay mucha diferencia de unas a otras consultas médicas, de unas a otras comparecencias notariales, desde lo que inevitablemente casi parece mecánico aunque nunca lo sea del todo hasta lo más entrañado en las honduras vitales de la persona. Sin que estemos equiparando la encrucijada esencial y decisiva de la vida que la enfermedad potencialmente lleva consigo, desemboque o no en la muerte, a la mera facción de las relaciones humanas y los legítimos intereses en el curso de la misma inmersa esporádicamente en la fe pública.

Se me vienen a las mientes las viejas memorias de mi vida notarial. No creo escandalizar si confieso que a veces daba alguna pereza poner en el libro indicador nota de las legitimaciones de firmas. La separación de los protestos del resto del protocolo me pareció acertada. Pero la nobleza de la fe pública estaba allí, se sentía siempre. Los contratos administrativos eran con arreglo a minuta. Un

compañero de mucha sensibilidad estética decía que esas escrituras eran "bonitas" por la variedad de su objeto, lo que no era frivolidad sino tránsito de una dimensión a otra. En la estrictamente nuestra estaba el servicio a los individuos y la sociedad en una esfera ineludible para el mantenimiento de ésta.

Pienso en el nacimiento de un edificio: la declaración de obra nueva, la división horizontal, las compraventas y en su caso hipotecas de cada piso. ¿No llevaba consigo cada uno de esos episodios jurídicos un haz de ilusiones y proyectos? ¿Por qué no imaginarnos el estado de cosas si no existiéramos (73)?

Precisamente he comenzado citando los documentos menos individualizados desde el punto de vista de la intervención del fedatario. Pero es evidente que otros llegan casi a una confesión. Ahí la que Niceto Alcalá Zamora llamó potestad jurídica sobre el más allá de la vida. Capítulo extenso e intenso que basta con mencionar.

Antes dije del mundo de las actas. El terreno abonado de todas las semillas. Sin ser las menos abundantes las del abuso al menos intentado. Pero también germinaban las de la ternura. Me acuerdo de haber sido requerido por un matrimonio, que tenía una hija de diagnóstico médico sombrío a mediano plazo. A causa de una complicación personal, era legítimo su interés en un acta de presencia. La esposa impresionaba por la bondad y la sencillez, entenebrecida por esa vuelta de la vida pero no vencida por la amargura. Recuerdo su voz haciendo parte de su expresión de gratitud a lo que no había sido sino cumplimiento de mi deber. Ahora, cuando ya tiempo hace de que los recuerdos de las esperanzas han invadido el espacio de las esperanzas de los recuerdos, no habiendo perdido el uso de la pluma, ésta se me hace redentora de la falta de otras memorias que pudieron ser.

Recuerdo de un compañero que ejerció la profesión durante poco tiempo. Tuvo algún cargo político y permaneció excedente, prestando servicio en el Cuerpo Jurídico del Ejército. De su fase notarial le quedó una nostalgia continua, por ese contacto inmediato con las

(73) En el paraninfo de la Universidad de San Carlos de Guatemala, al clausurarse el Primer Congreso de Juristas Centroamericanos, NÚÑEZ LAGOS dijo: "El Notariado Sajón se engendra en Inglaterra; es más bien una negación del Notariado. El derecho inglés no conoce la prueba documental; todo es prueba testifical por escrito".

gentes y sus problemas, incluso de ciertos detalles que podían parecer más monótonos e incluso enojosos.

El ejemplo me parece pintiparado como demostración de que un requerimiento a la fe pública puede tener una relación remota con la llamada del enfermo al médico. El abate Bremond, a propósito de esos benedictinos de la Congregación de San Mauro arriba citados, dijo eran una prueba de que el polvo de las bibliotecas no seca el corazón. Nosotros sabemos, y otros lo saben, que también el protocolo tiene alma, hecha de los documentos que le integran. *Almas de un protocolo* tituló el libro de sus relatos del despacho el notario Luis Moure Mariño. Escrito con poesía, pero hecho de realidad y verdad. Este tributo a Núñez Lagos debe completarse con otro a Bono y a Huerta. (74)

(74) Termino con un viejo recuerdo. Al aprobar las oposiciones comentó, ante las escasas expectativas económicas a la vista, que el título nos serviría para tutear a Núñez Lagos.

ESCRITURA NOTARIAL E INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Juan Bolás Alfonso
Notario

I. INTRODUCCIÓN

Tengo en mis manos un ejemplar del número uno, segunda edición, de los Anales de la Academia Matritense del Notariado.

Como se explica en su presentación, con este primer volumen se trataba de poner a disposición de los estudiosos de lengua española los trabajos realizados en la Academia durante el año de 1943.

En este primer volumen se recogen diez conferencias de diez inolvidables juristas, tales como: Jerónimo González; Navarro Azpeitia; Pérez Serrano; Porpeta Clérigo; Alfonso de Cossio; González Palomino; Roca Sastre; Calvo Alfageme; Manuel de la Plaza; y, por supuesto, Rafael Núñez Lagos que se hizo cargo de la octava conferencia, bajo el título "ESTUDIOS SOBRE EL VALOR JURIDICO DEL DOCUMENTO NOTARIAL". Don Rafael dio la conferencia el día 5 de mayo de 1943 y el extensísimo estudio escrito, de más de cien páginas, lo dedicó a la memoria de su madre.

Esta conferencia marcó el principio de una gran labor de estudio en torno al valor del documento notarial y funciones del notario. Dicha labor la culmina Don Rafael con su obra "Hechos y Derechos en Documento Público", publicada en 1945 y completada posteriormente con varios estudios. Y como no podía ser de otra manera, sus conocimientos del Derecho Documental le llevaron también al estudio de los sistemas registrales, en especial del español sobre el que versó la memoria que presentó en el Congreso Internacional de Buenos Aires, en 1948.

Don Rafael, ha pasado a la Historia del Notariado como uno de los grandes notarialistas, defensor del valor del documento notarial.

Pero en la sociedad del siglo XXI, todo se somete a revisión. Y una vez más se hace necesario insistir en el valor añadido del documento notarial como mecanismo básico para la seguridad jurídica preventiva.

Dicho lo anterior, y partiendo de la categoria profesional de Don Rafael y de la solidez de sus estudios sobre Derecho Documental Notarial y Sistemas Registrales, con el que todos los notarios tenemos una deuda de gratitud, me pregunto cúal sería hoy su postura ante la tensión surgida hace unos años entre escritura e inscripción,tensión que puede llegar a poner en entredicho las muchas virtudes del sistema de garantías jurídicas que dotan de seguridad jurídica a las transmisiones inmobiliarias en España.

Los días 26 y 27 de junio de 2015 se organizó en la Universidad de Federico II, en Nápoles, un ciclo de conferencias en el que los distintos conferenciantes debían exponer la situación actual de los diversos sistemas europeos de transmisión inmobiliaria.

Junto a los ponentes aleman, francés e italiano, fui invitado a dar un "ciarla".

Los organizadores querían que se explicara al auditorio la situación española que, según tenían entendido, se caracterizaba, o se había caracterizado años atrás, por la tensión entre notarios y registradores. Se basaban en que, ciertamente, en los últimos años, en España, tanto la prensa escrita como la digital contenían alguna referencia a "la guerra" entre notarios y registradores (*vgr.* "El Economista". 29/3/2007, p. 4), conflicto que los medios difundían sin conocer su alcance y su razón de ser, presentándolo, ante el asombro y el desconcierto de los ciudadanos, como una incomprensible lucha entre dos cuerpos profesionales privilegiados.

Las conferencias giraron bajo el título general de "LA PUBBLICITÁ IMMOBILIARE E SOCIETARIA IN UN SISTEMA MODERNO DI CERTEZZE". Como digo, los organizadores me hicieron el honor de invitarme a pronunciar una breve charla sobre la situación en España e, incluso, me fijaron un título ciertamente agresivo: *"Notarios e Registradores: ¿chi ha ragione?"*

Pues bien, mi intervención en ese foro trató de exponer,con pleno respeto a otras opiniones, mi punto de vista sobre las razones o causas del pretendido conflicto, su estado actual y sus consecuencias que, desgraciadamente, ya no afectan sólo a los notarios españoles

sino que, afectan o pueden afectar a los notarios europeos y a los americanos.

Lo que sigue es un resumen de mi intervención si bien hoy, en 2016, afortunadamente, la situación parece que ha cambiado y que las aguas vuelven a su cauce.

II. CUESTIÓN PREVIA: PARTICULARIDADES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE TRANSMISIÓN Y PUBLICIDAD INMOBILIARIA

Como es natural, la exposición debía ser lo más sencilla posible para facilitar su comprensión por personas no familiarizadas con la normativa española.

Por ello, para entender en sus justos términos el conflicto era necesario, como cuestión previa, conocer las particularidades del sistema español de transmisión y publicidad inmobiliaria, particularidades que, resumiendo mucho, se pueden concretar en tres puntos:

1. El sistema del título y modo.
2. El valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad.
3. El estatuto profesional de los Registradores de la Popiedad.

A) EL SISTEMA ESPAÑOL DE LA TRANSMISIÓN INMOBILIARIA

El sistema español no es un sistema consensual, como el italiano o el francés, en el que la propiedad se transmite por el mero consentimiento,ni es un sistema de acuerdo real o abstracto, como el del B.G.B.sino que, tal como establece **el artículo 609.2 del Código Civil** "La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren **por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición**"

En efecto, nuestro sistema de transmisión inmobiliaria se apoya en dos elementos básicos:

— El Título, es decir,el contrato, que puede ser verbal o escrito, en documento privado o en escritura pública.

— Y la traditio o entrega de la posesión, de modo que el comprador no es propietario hasta que sea poseedor. Pero,de conformidad con **el artículo 1462.2** del Código Civil, *"Cuando se haga la venta*

mediante escritura pública el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario".

De ahí que, en comparación con el documento privado, la titulación notarial tenga un gran valor en el iter transmisivo, no sólo por su mayor calidad y garantía sino porque,en virtud de la traditio simbólica o instrumental derivada de la escritura, el comprador deviene propietario con la sola firma de ésta.

B) EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

La segunda particularidad de refiere al valor de la inscripción.

Realizada la adquisición, concurriendo título y modo, para que ésta tenga efectos "erga omnes" se requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad.

La inscripción no es mera publicidad noticia sino que tiene un gran valor para el tráfico inmobiliario, ya que es requisito de oponibilidad a tercero (según el **artículo 32 de la Ley Hipotecaria** *"los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero"*).

Además, tratándose de adquisiciones, a título oneroso y de buena fe, de quien figura como titular registral, la inscripción,conforme al **artículo 34 LH,** tiene un gran valor protector, llegando a justificar una adquisición a non domino, pues el adquirente será mantenido en su adquisición una vez que la inscriba aunque después se resuelva el título del transmitente, siempre, claro está, que el título del adquirente sea válido,pues a tenor del **artículo 33 de la LH** *"La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes."*

En suma,**conforme a la doctrina científica dominante desde el siglo XIX**, en toda transmisión inmobiliaria la escritura recoge el consentimiento contractual sobre el total contenido del negocio, y la inscripción dota de publicidad a la titularidad derivada de la adquisición con los especiales efectos indicados.

C) EL ESTATUTO PROFESIONAL DE LOS REGISTRADORES

La tercera particularidad consiste en el estatuto profesional del registrador español.

Porque así como existe una concepción mundial del notariado latino-germánico,con sus diferencias pero con sus notas comunes esenciales, visibles tanto en la **UINL** como en el **CNUE**, en cambio una visión general de los Registros existentes en Europa y en otros continentes, pone de manifiesto la gran diversidad de organización, funcionamiento y efectos de la publicidad registral. Es decir, no existe un sistema registral homogéneo.

Así, por ejemplo, si atendemos a su organización, en España, a diferencia de otros muchos países, los Registros de la Propiedad y los Registros mercantiles están integrados en la misma organización y están a cargo de las mismas personas, los registradores de la propiedad y mercantiles.

En segundo lugar, no cabe hablar en términos generales de una profesión jurídica de registradores o conservadores, pues en casi todos los países los encargados de los registros son funcionarios de la Administración, bien sean funcionarios del Ministerio de Finanzas, o del Catastro, o jueces, de manera que los registros se financian mayoritariamente con cargo a las tasas y tarifas fijadas por el Estado. En cambio, en España los registradores se integran en un Colegio Profesional y tienen la doble naturaleza de funcionarios y profesionales.

Ejercen la función pública de la llevanza de los registros pero actúan, para mayor eficiencia del sistema, en régimen profesional, de manera que hacen suya la recaudación procedente de la extensión de los asientos registrales.

Este doble carácter de funcionarios públicos y de profesionales les acerca en gran medida a los notarios pero, a diferencia de éstos, los registradores **actúan en régimen de monopolio, en base a su respectiva jurisdicción territorial, sin que, obviamente, exista libre competencia entre registradores**.

Estos datos tiene singular importancia pues la ausencia de competencia interna y externa, unida a su importancia económica les ha conferido tradicionalmente un gran peso en el sistema de transmisión inmobiliaria, lo que parece impensable en otros países.

III. EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA

Así las cosas, el sistema ha funcionado desde el siglo XIX gracias a un razonable equilibrio entre la función notarial y la registral.

Y este sistema ha demostrado una gran eficiencia que ha permitido un notable desarrollo de la financiación hipotecaria.

La clave está en **el reparto de competencias** pues el sistema es de **doble filtro, a saber:**

— 1.º El control de legalidad que efectúa el notario en el momento de la contratación, "en el momento de la verdad", cuando se entrega el precio y se adquiere la propiedad, momento en el que las partes deben gozar de seguridad jurídica.

Este control de legalidad no es sólo formal sino de fondo, pues el notario está en contacto con las partes y conoce los antecedentes y sus objetivos.

— 2.º La calificación posterior del registrador, de carácter básicamente formal, dirigida a comprobar la regularidad del documento y su armonía con los asientos del registro.

De manera que la adquisición inmobiliaria nace al margen del registro.

No se es propietario por estar inscrito sino que se está inscrito por ser propietario.

En suma, documento notarial e inscripción son **los dos elementos clave del sistema,** elementos que están íntimamente ligados porque los efectos protectores de la inscripción sólo se justifican si los títulos que se inscriben reúnen garantías de autenticidad y validez.

En otras palabras, el registro funciona gracias al "input de calidad", que le proporcionan los documentos administrativos, judiciales y notariales, pero no los documentos privados.

IV. EL CONFLICTO. LOS AGRAVIOS

Si esto viene siendo así en los dos últimos siglos, ¿por qué surge el conflicto en el siglo XXI?

En mi opinión, respetuosa con otras discrepantes, el conflicto entre notarios y registradores se desencadena desde el momento en que se pretende romper el equilibrio entre las dos funciones.

¿Cuándo sucede ello?

Simplificando mucho podíamos decir que ha habido unas causas generales y un detonante concreto.

A) CAUSAS GENERALES

En la sociedad actual,la sociedad de la tecnología, de la globalización, y del imperio de las leyes del Mercado y de la Competencia, todas las profesiones sienten la necesidad de demostrar su valor añadido, su utilidad económico-social.

Tratándose de registradores españoles esto es aún más necesario por ser su estatuto una "rara avis" europea.

Principalmente hay que justificar la doble intervención notarial y registral, y el doble coste pues el ciudadano paga al notario, funcionario público, para que configure legalmente el negocio y vuelve a pagar al registrador, funcionario, para que diga que está conforme con la configuración negocial autenticada por el notario.

Y ello en un ambiente político en el que la Comisión Europea trabaja para la simplificación y reducción de costes en las transmisiones inmobiliarias (recuérdese el **informe ZERP**).

En este estado de cosas, cierto sector registral decidió potenciar el valor de la función registral a costa de rebajar el valor del la función notarial ya que a menor calidad del título mayor importancia del control registral.

B) EL DETONANTE CONCRETO: La Ley 24/2001, de 27 de diciembre de medidas Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

El detonante fue la Ley 24/2001, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, Ley que, entre otras cosas:

— En materia de **poderes** consideró suficiente el juicio notarial, por lo que no hay que presentarlos físicamente en el registro, limitando la calificación del registrador a comprobar si el notario los ha reseñado suficientemente y los juzgó suficientes.

— Reguló por primera vez la firma electrónica notarial y registral.

— Y ordenó la implantación de **sistemas telemáticos para la transmisión de información** entre notarios y registradores así como la **informatización del contenido de los libros** del Registro (en el plazo de un año) y reconoció el interés legítimo de todo funcionario en conocer dicho contenido, sin intermediación del registrador.

No es el momento de entrar en detalle sobre la importancia de las numerosas modificaciones introducidas por esta ley. Lo cierto es que fue **muy mal acogida** por los registradores que la consideraron un torpedo en su linea de flotación.

La entrada en vigor de la ley en enero de 2002 coincidió con la renovación de la cúpula del Consejo Nacional de los registradores que pasó a manos del sector más agresivo que, desde el primer momento dificultó la aplicación de las nuevas medidas legales.

Han pasado muchos años y los notarios seguimos sin poder acceder, antes de la firma, al contenido de los libros vía telemática. No se sorprendan si les digo que hoy por hoy sólo podemos acceder via fax, cuyo contenido queda al arbitrio del registrador pero si éste se equivoca, según el Tribunal Supremo, el responsable frente al comprador perjudicado por cargas no comunicadas es el notario sin perjuicio de que éste pueda reclamar, en su caso, al registrador.

Lo cierto es que a partir de la citada Ley las relaciones entre las cúpulas de los dos colectivos **se tensaron.**

Este tenso ambiente ha dado lugar a constantes desencuentros entre unos y otros.

Así, desde 2001 el sector registral beligerante sostenía, en síntesis, las siguientes ideas:

1.ª No hay doble control de legalidad. El notario ni controla ni puede controlar la legalidad ya que no es imparcial pues vive de su clientela y "el controlador no puede depender del controlado". El control de legalidad lo efectúa exclusivamente el registrador que es el único controlador imparcial.

2.ª Hoy el notario no es necesario. Su función es de mera legitimación de firmas y puede ser sustituido por otros procedimientos, como la firma electrónica.

3.ª Los derechos sólo nacen al tráfico una vez inscritos. Es el Registro español el que asigna los derechos, por ello es mucho más eficiente que los registros de mera publicidad e inoponibilidad como el **francés** o el **italiano**.

Y no revelo ningún secreto si digo que las actuaciones llevadas a cabo por este sector registral más agresivo contaban con el asesoramiento de un experto economista, Benito Arruñada.

El pensamiento de Benito Arruñada, vertido en sus escritos a propósito de **la competencia en las profesiones del espacio europeo**, se resume así:

— La profesión notarial es muy antigua pero la justificación histórica de la organización corporativista de esta profesión ha dejado de ser válida y hoy ofrece servicios inapropiados para la situación actual de la demanda y de la tecnología, por lo que es aconsejable su liberalización.

— Y tanto la teoría como la práctica demuestran que la intervención notarial es innecesaria en muchos contratos sobre bienes inmuebles.

En marzo de 2005, el entonces Presidente del Colegio Nacional de Registradores,escribía,a propósito del mercado hipotecario español (sin mencionar en absoluto a los notarios) y decía que:

"España goza de **un registro de derechos** cuyos pronunciamientos gozan de un alto valor legal ante los tribunales; **Francia** e **Italia**, por el contrario, con **registro de documentos** no pueden tener procesos rápidos de ejecución porque todo es cuestionable porque los registros no garantizan la titularidad y cargas. Y las consecuencias son las que son: menos hipotecas y más caras."

Y en 2008, en un estudio sobre "Estado, Propiedad, Mercado" se insiste en la configuración del Registro de la Propiedad español no como una institución para la publicidad de las transmisiones operadas fuera del Registro sino como un sistema de titulación de la propiedad sobre inmuebles y se justifica la resistencia de los notarios a aceptar esta realidad pues ello les supone una pérdida de protagonismo

En 2009, en el **Informe del Colegio Nacional de registradores** a propósito del LIBRO VERDE sobre la revisión del Reglamento del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se defiende:

— La creación de una Entidad de Certificación Europea para potenciar la eficacia autenticadora de la firma electrónica avanzada

y **ampliar así el concepto de documento público con fuerza ejecutiva** incluyendo en él los documentos firmados por las partes mediante dicha firma reconocida por la citada entidad de Certificación.

— Y se defiende también la admisión de todo documento procedente del **mundo anglosajón**, pues es suficiente con el control de legalidad del registrador.

Más recientemente, en el **Boletín de su Colegio Nacional**, se publicó un artículo sobre **"LA INDEPENDENCIA DEL REGULADOR HIPOTECARIO"** insistiendo en que no se pueden dar funciones de control de legalidad a los notarios que actúan en régimen de libre competencia y, por ello, en situación de dependencia de los grandes operadores que intervienen en el mercado hipotecario. El sistema pivota sobre el control registral de la legalidad, independiente y no elegible, en monopolio, para la inscripción de los negocios jurídicos inmobiliarios a fin de que sus efectos queden proyectados frente a todos y no sólo frente a las partes que acuden al notario.

Finalmente, en 2012, un sector registral, incluso en contra de gran parte de las bases del colectivo, **influyeron para que el Gobierno elaborase un Anteproyecto de Ley de Reforma Integral de los Registros** que suponía hacer de los registradores el eje central del sistema de seguridad jurídica preventiva.

En virtud de este texto los registradores pasaban a llevar, además de los Registros de la Popiedad y Mercantiles, el Registro Civil,el de Fundaciones, el de testamentos o últimas voluntades y el de Seguros.

Este Anteproyecto no llegó a buen puerto.

V. LA DIFUSION INTERNACIONAL DE LA TESIS REGISTRAL

Aunque el objetivo a batir es el notario local, el español, lo cierto es que en España la tesis registral ha tenido poco eco, por lo que los registradores más agresivos han buscado su apoyo en Iberoamérica y en la UE en la que, obviamente, han encontrado una gran acogida en el ámbito anglosajón.

A) UNIÓN EUROPEA: ELRA.-CROBECO

En el **espacio de la Unión Europea** los registradores españoles promovieron la constitución de la asociación europea de registros **ERA**, que dió paso a **ELRA** ("European Land Registry Association") circunscrita a los Registros de la Propiedad y que fue fundada en octubre de **2004,** teóricamente para la cooperación con las instituciones de la UE aunque en realidad es "la plaza de toros" en la que los registradores se enfrentan con el sistema notarial español

La **ELRA** obtuvo el apoyo de la Comisión Europea para la definición de un marco de referencia que permita la realización de transmisiones inmobiliarias entre ciudadanos de la UE. y desarrolló un proyecto piloto, llamado **CROBECO**, entre los Registros de España y Países Bajos para la realización de una compraventa de un inmueble situado en España por ciudadanos no residentes, realizada íntegramente por medios electrónicos hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

En la reunión de **ELRA** sobre **CROBECO** que tuvo lugar en mayo de **2014**, en Barcelona, se habló de crear modelos tipos de contrato; y de la reducción de la aplicación de la lex rei sitae, por la posibilidad de elección de la ley aplicable al contrato

B) AMÉRICA: EL CINDER Y EL CADRI

Los registradores españoles,están financiando desde hace años el **CINDER**, que, en apariencia, no es más que un Centro Internacional de Estudios Registrales, pero en la realidad es una herramienta más del lobby registral.

Casualmente la sede del **CINDER** está en Madrid y conforme a sus Estatutos el máximo dirigente debe ser nombrado por el organismo donde está la sede.

Además, desde el año 2000 se organiza anualmente un curso, el llamado **CADRI** para registradores iberoamericanos, a los que se invita a España,con todos los gastos pagados, para que conozcan las virtudes del sistema registral español y traten de importarlo a sus respectivos países.

Por todo ello creo que no exagero si digo que lo que en su origen fue **un problema español** hoy es un problema que afecta en general a la función notarial, al menos tal como la concibe la UINL.

VI. EL PRESENTE Y EL FUTURO

Expuesto lo anterior, podríamos preguntarnos ¿quien tiene la razón? pero **no creo que esa sea la pregunta correcta** pues me parece evidente que el conflicto entre los dos elementos básicos del sistema de transmisión inmobiliaria no puede ser bueno para ninguno de los dos,ni desde el punto de vista político ni del económico. Mucho menos en época de crisis y del imperio de las Leyes del Mercado y de la Competencia en pro de la mayor eficiencia de las Instituciones.

Añádase que **la Comisión Europea** ve con recelo a ambas profesiones que considera que están excesivamente reguladas.

En **2012** se celebró en **Madrid**, bajo la presidencia de **Francisco Fonseca**, en su condición de representante de la UE en España, un debate sobre **"Las profesiones jurídicas altamente reguladas"** dentro de los trabajos preparativos del **Programa de Justicia "Post-Estocolmo",** que rige para los años 2014-2018.

En el debate, entre otras intervenciones los expertos hablaron de que:

a) Notarios y Registradores son profesiones necesitadas de una reforma profunda.

b) Las medidas a adoptar dependerán no sólo de la Dirección General de Justicia sino,sobre todo, de la Dirección General de Mercado Interior.

c) De modo general se señaló que el doble control de legalidad genera problemas de incremento de costes directos e indirectos.

d) Algunos apuntaron la conveniencia de fusionar ambas profesiones.

e) Otros se pronunciaron a favor de convertir a los registradores en funcionarios a sueldo, como ya se hizo con los secretarios judiciales.

f) Y la mayoria abogó por la necesidad de someter las restricciones al ejercicio de ambas profesiones, a los tests de necesidad y

proporcionalidad con el fin de verificar si son necesarias y proporcionadas para garantizar el nivel de servicio y la calidad requeridos.

Otra de las prioridades del plan de acción "e-justicia" 2014-2018" del **Consejo de la UE** es la interconexión de los registros de la propiedad.

Al respecto, la Comisión decidió llevar a cabo, con el acuerdo del Consejo, un estudio de viabilidad. El consorcio **ILICONN** realizó este estudio que fue objeto de discusión entre los Estados miembros, algunos de los cuales expresaron su oposición.

Y aunque el notariado ha quedado expresamente excluido de la Directiva 2013/55/CE relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, es de destacar que el **8 de mayo de 2014** la Comisión publicó una carta sobre las profesiones reguladas.

En paralelo, la **DG de Mercado Interior** instauró el **"Single Market Forum"** en el marco del cual estaba prevista la organización de una serie de talleres dedicados a la modernización del acceso a las profesiones.El primer taller se celebró en Varsovia el **17 de octubre de 2014** con la asistencia del CNUE.

Pues bien, en este estado de cosas, en mi opinión, no se trata tanto de saber quien tiene la razón sino de saber cúal es el camino a seguir para superar la tensión, admitiendo que nadie está en posesión de la razón absoluta.

Personalmente pienso que la solución debe resultar de un debate abierto entre todos los agentes implicados, con el único objetivo de mejorar el sistema en beneficio de los ciudadanos.

Es preciso un debate en el que se antepongan los intereses generales de la sociedad a los corporativos, asumiendo cualquier crítica, para depurar el funcionamiento del sistema eliminando sus imperfecciones.

Hay que recuperar el equilibrio entre el título notarial y la inscripción registral en los términos explicados por mí con anterioridad.

Para ello es necesario actuar en sintonía con todos los operadores implicados en el tráfico inmobiliario pues cualquier idea reformista que tenga su origen en uno sólo de los implicados se verá siempre con recelo.

Pero en ese debate, el notariado español está obligado a ser fiel a las líneas fundamentales del notariado latino.Por ello hay **líneas rojas** que no se pueden traspasar, como son:

1.ª El superior valor del documento notarial frente al documento privado.(Valor que es consecuencia de la garantía que deriva de la intervención notarial en orden a la identificación, capacidad, consejo informado y control de legalidad.Calidad documental que justifica sus especiales efectos ejecutivos y probatorios).

2.ª El absoluto rechazo a la afirmación de que el notario no es imparcial y que, por ello, no puede controlar la legalidad, quedando reducida su función a la de un mero testigo legitimador de firmas. (En palabras de nuestro **Tribunal Constitucional, sentencia 207/99**, "*a los notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad...la función pública incorpora pues, un juicio de legalidad sobre la forma y fondo del negocio jurídico que es objeto del documento público y cabe afirmar, por ello, que el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como funcionario público").*

3.ª Y en este debate los registradores no deben desconocer que el notariado, en su concepción latino-germánico, ocupa un lugar importante en el desarrollo del espacio jurídico europeo, en el que **el concepto de acta auténtica es ya un concepto autónomo del Derecho Comunitario**.

a) Un ejemplo de la importancia de los notarios en la UE, como creadores de un documento auténtico, nos lo ha dado el **Reglamento 605/2012 de Sucesiones.**En palabras del considerando 62 del Reglamento "*La autenticidad de un documento público debe ser un concepto autónomo que incluya aspectos como su veracidad, sus requisitos formales previos, las facultades de la autoridad que formaliza el acto y el procedimiento por el cual se formaliza este".*

b) Y como resaltó la **Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008**, también conocida como Resolución Medina, el documento público notarial se integra dentro de la política de reforzamiento de la libre circulación de las personas y las empresas en la UE, para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia. Y para ello es importante que el documento notarial pueda circular dentro de la UE con rapidez y seguridad.

c) Por ello es prioritario potenciar la colaboración entre notarios, que es hoy más necesaria que nunca para operar en el espacio europeo, pues es imposible, que un notario domine todo el derecho extranjero cuando, por ejemplo, sólo en España hay siete ordenamientos civiles más o menos completos.

La colaboración entre notarios de distintos países es el camino para proporcionar seguridad jurídica a la contratación en el espacio europeo.

Dentro de esta línea se sitúa el programa **EUFIDES** que añade la posibilidad de colaboración a distancia entre dos o más notarios situados en países distintos que, gracias a la firma electrónica notarial, pueden asesorar y recoger el consentimiento de los otorgantes geográficamente distantes.

4.ª Finalmente, en este debate debe, por supuesto, reconocerse que el espacio jurídico europeo debe contar con **unos Registros Públicos que funcionen en perfecta armonía** y que, –gracias a la interconexión que permiten las nuevas tecnologías– **faciliten a los ciudadanos toda la información necesaria en tiempo real, antes de la firma** del contrato para contratar con seguridad a un coste razonable en tiempo y dinero así como **la presentación o depósito** del documento notarial en el registro de la propiedad por vía telemática.

Si se respetan estas **líneas rojas**, no me cabe duda de que se recuperará el razonable equilibrio entre documento e inscripción, pues **"HABLANDO SE ENTIENDE LA GENTE."**

Esta es mi opinión que someto con respeto a otras discrepantes.

EL DERECHO AL DOCUMENTO PÚBLICO NOTARIAL (*)

Adolfo Calatayud Sierra
Notario

INTRODUCCIÓN

Se pretende en este trabajo realizar unas reflexiones sobre la importancia que el documento notarial tiene en nuestro sistema jurídico, dentro del ámbito de la contratación, para hacer efectivo en España el derecho a la seguridad jurídica, que constituye un principio capital en el mundo jurídico moderno, clave de bóveda del desarrollo económico de cualquier país. Por esta vía, creo que puede hablarse de un verdadero derecho al documento público, que, en realidad, llega más allá de lo que puede deducirse de la mera literalidad de nuestras normas.

El acceso al documento público notarial como derecho irrenunciable de los ciudadanos, consecuencia de su derecho a la seguridad jurídica, no siempre es bien entendido por el legislador, ni tampoco por los órganos judiciales. Por ello, parece oportuno insistir en ello.

No se pretende poner en cuestión el principio de libertad de forma, firmemente anclado en nuestro Derecho, sino destacar la importancia que tiene el documento público notarial para el logro de

---

(*) Estas páginas recogen fundamentalmente las ideas expuestas en mi trabajo "*El derecho a la forma y documentación de los contratos*", pp. 393-486 dentro de la obra "*Negociación y perfección de los contratos*", Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, libro publicado dentro del marco del Proyecto I+D+i "Formación del contrato: desde la negociación a la perfección del contrato" (DER2011-23056, Ministerio de Ciencia e Innovación) y del Grupo de investigación consolidado "Autonomía de la voluntad en el Derecho privado" (AUDEPRIV S110, Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo), dirigidos por María Ángeles Parra Lucán.

la seguridad jurídica y, por ello, la necesidad de que se reconozca, de modo amplio, general, el derecho de toda persona que contrata a poder formalizar en él sus contratos, aunque no haya norma que lo imponga para la validez del contrato, porque forma parte de su derecho a obtener seguridad jurídica.

El planteamiento que aquí se formula puede, hasta cierto punto, calificarse de novedoso, en la medida en que no suele hablarse de "derecho" de los ciudadanos para calificar la posibilidad de documentar los actos y contratos que celebre en documento público, al menos con la extensión que vamos a defender. Lo más habitual en los tratados de Derecho civil es referirse al documento público notarial como una de las formas de los contratos y éstas fundamentalmente como un medio de prueba del consentimiento y contraponer el formalismo con el espiritualismo, que relega la forma a un aspecto muy secundario frente al consentimiento, verdadero núcleo del contrato y único requisito para su valiez. Y, siendo verdad que en nuestro sistema el consentimiento es lo que perfecciona el contrato (art. 1258 CC), cuando la forma incorpora todo un completo mecanismo dirigido a garantizar la correcta prestación del consentimiento, aquélla se constituye en la vía de hacer efectiva la verdadera autonomía de la voluntad, muy lejos de formalismos arcaicos y prescindibles.

De todo ello entendemos que se deriva la configuración del documento público notarial como un auténtico derecho del ciudadano.

Empezaremos por unas reflexiones generales sobre la seguridad jurídica, su significado y las consecuencias que de él se derivan en el ámbito de la contratación.

SEGURIDAD JURÍDICA, CONTRATACIÓN Y DOCUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

Un objetivo primordial de cualquier sistema de organización social es el logro de la seguridad jurídica. Ciertamente, las leyes sustantivas, en un estado social y democrático de Derecho, deben que tener como fin específico, en cada materia concreta, la consecución de la justicia y, como vías para ello, la libertad y la igualdad, así como el desarrollo y el bienestar de los ciudadanos. Pero, aparte de estos objetivos de fondo, es una obligación del legislador y de los

poderes públicos, el logro de la seguridad jurídica, porque sin ella sólo con dificultades podrán hacerse efectivos los demás, por bien intencionado que sea el legislador en cuanto a sus objetivos.

Esto es especialmente cierto en la sociedad de nuestro tiempo, de enorme complejidad, cambiante, cuyas reglas de funcionamiento son inabarcables para cualquiera, que, como mucho, puede aspirar a conocer relativamente bien las que rigen determinadas parcelas.

Además, en la era de la globalización, con una fuerte tendencia a la liberalización del acceso al mercado y a la desregulación de las transacciones económicas, más necesaria resulta la seguridad jurídica.

Esta seguridad es una demanda muy presente en la conciencia social, en la que está muy arraigada y asumida la idea de que las leyes no siempre son justas, de hecho sobre la justicia concreta puede haber opiniones diversas y se acepta que haya numerosas personas que no estén conformes con la mayoritaria. Pero lo que el ciudadano lego cree que es un derecho sagrado es el de la seguridad en sus relaciones jurídicas, que los efectos que se derivan de la realización de un determinado acto sean claros, predecibles; y percibir que esto no siempre es así le produce gran desconcierto.

Porque lo cierto es que conseguir un *standard* alto de seguridad jurídica no es sencillo. Requiere, primero, que el legislador apruebe leyes bien elaboradas, que encajen armónicamente en el conjunto del ordenamiento jurídico, sin contradicciones ni lagunas en materias relevantes; y todo esto no es fácil. Pero, además, también requiere que los ciudadanos dispongan de instrumentos que den certeza y solidez a sus actos.

Por ello, el sistema jurídico debe poner especial empeño en establecer los mecanismos que permitan obtener esa seguridad preventiva que, para cumplir ese objetivo, necesariamente, deben actuar previa o simultáneamente a la celebración de los contratos. Es cierto que, además, deben existir unos instrumentos eficaces a los que acudir cuando el conflicto se produce, porque no ha sido posible evitarlo, que se manifiestan en el acceso al sistema judicial (y los medios alternativos de solución de controversias), sin lo cual no existen garantías para los ciudadanos. Pero tan importante como el derecho de las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, es dotarles de los mecanismos que les permitan obtener lo que cabe

esperar de los contratos que celebran sin tener que exigirlo en un procedimiento judicial. La administración de justicia debería ser el último recurso y no el único para que los ciudadanos puedan tener seguridad en sus relaciones jurídicas.

Como dice José Luis Mezquita del Cacho (1), en las sociedades evolucionadas es necesario que los ordenamientos prevean el tratamiento preventivo de la seguridad jurídica en las relaciones privadas sin recurrir para ello al proceso –no adecuado institucionalmente al efecto–, sino procurando que el entramado normativo e institucional que desplieguen a tal fin sirva además por su propia eficacia para ahorrar conflictividad procesal, cuya inflación es socialmente muy inconveniente. Y es la forma contractual la que constituye ese recurso alternativo; la noción-nervio de un sistema de Derecho cautelar, como el proceso lo es para la función jurisdiccional auténtica o el acto administrativo para el Derecho Administrativo. Pero para que la forma pueda jugar ese papel plenamente no debe limitarse al plano estrictamente de lo *"formal"*, sino que debe proyectarse a otra dimensión, a la faceta de *"seguridad sustantiva"*, que conlleva la revisión del fondo jurídico de los contratos a través de las homologaciones y los controles de legalidad, la función de consejo y la función adecuadora. Es lo que este autor denomina *"el fondo de la forma"*.

Y ése es el papel que tiene atribuido, en nuestro Derecho, el documento notarial. En efecto, el legislador ha establecido un sistema institucionalizado de generación de forma con requisitos especiales dirigidos a dotar de seguridad la contratación y al que, por ello, le atribuye efectos reforzados. Se trata del documento notarial. En el otorgamiento de estos documentos, la ley impone al Notario la realización de una serie de controles muy estrictos destinados a garantizar la identidad de los otorgantes, que tienen capacidad y legitimación, que prestan su libre consentimiento al contrato, cuyo contenido el Notario deberá leer, explicar e informar, con especial atención al llamado contratante débil o necesitado de protección, para asegurar la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes; también debe asegurarse de que el contrato se adecua a la legalidad. El documento público, además, queda revestido de la fe pública, es decir, de una autenticidad, que asegura su

(1) José Luis Mezquita del Cacho, *Seguridad jurídica y sistema cautelar* 1, Barcelona 1989. pp. 353 y ss.

prueba. Y se conserva por el Notario, que expide copias del mismo con igual valor que el original, lo que asegura su conservación.

Todo ello lleva consigo que la escritura pública disminuya en gran medida los riesgos de que el contrato acabe siendo litigioso y, si no obstante, el litigio se produce, su solución será más sencilla que si debe discutirse sobre consentimientos prestados en documentos privados, que pueden provocar dudas sobre la existencia misma del contrato, su correcta celebración y su contenido y los derechos y obligaciones de las partes.

Frente a la función típica de la forma en general, fundamentalmente probatoria, la forma notarial va mucho más allá, puesto que constituye un mecanismo muy preciso para garantizar la autenticidad no sólo de forma, sino también de fondo del contrato, dificultando que el contrato pueda ser impugnado por defectos de capacidad de los contratantes, por vicios del consentimiento o por falta de conocimiento.

Sólo porque el documento público notarial reúne esos estrictos requisitos y cumple esos fines, la ley le atribuye unos efectos reforzados: el acceso a los Registros públicos, que, dados los efectos que producen, sólo deben abrirse a documentos que reúnan suficientes requisitos de autenticidad y regularidad; la ejecutividad, que abre la puerta a la utilización de un procedimiento judicial sumario, justificada también por las garantías del documento público; la prelación de créditos, en la medida en que los que constan en escritura pública gozan de preferencia (art. 1924.3 CC).

Y es también importante destacar los efectos del documento público respecto de terceros, que se diversifican en dos direcciones, en contra y a favor, lo que da lugar a las nociones de oponibilidad y utilizabilidad, respectivamente.

La oponibilidad viene consagrada por el art. 1218 CC: *"los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste"*. Con más precisión, en el art. 1270.1 de la propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de enero de 2009, se establece que *"el documento público hace prueba, aún contra tercero, del hecho, acto o estado de cosas que documente, de la fecha en que se produce esta documentación, de la autorización y de la identidad de las personas de que se hubiere*

dado fe en él". Es cierto, no obstante, que para las modificaciones jurídico reales inmobiliarias la escritura pública no es suficiente, ya que la oponibilidad exige la publicidad a través del Registro de la Propiedad y el cumplimiento de los demás requisitos que establece la legislación hipotecaria, fundamentalmente los del art. 34 LH; también para las modificaciones del régimen económico matrimonial, el art. 77 de la Ley del Registro Civil dispone que en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado por ellas sino desde la fecha de su indicación al margen de la inscripción del matrimonio

Fuera de esos casos, el documento público por sí solo es oponible a terceros. Aunque esa oponibilidad tiene limitaciones respecto de las escrituras hechas para desvirtuar otras anteriores entre los mismos interesados, ya que, conforme al art. 1219 CC, *"las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero"*. Este precepto consagra la presunción de integridad de la escritura pública frente a tercero, limitando la eficacia de las llamadas *contraescrituras*, documentos especialmente peligrosos, en cuanto que pueden ser vehículo de la simulación (2).

El reverso de la oponibilidad, lo que hemos llamado *utilizabilidad*, es decir, que los terceros pueden utilizar el documento en su beneficio para el ejercicio de sus propios derechos, también es predicable del documento público, por esa misma presunción de integridad.

Consecuencia de este efecto es que la facultad de instar la elevación a público del documento privado, pese a la literalidad del art. 1278 CC, puede corresponder también al tercero, si resulta que ha adquirido un derecho de quien, a su vez, adquirió en documento privado y se encuentra con que su adquisición no puede alcanzar la plenitud de efectos por la ausencia de titulación pública de su transmitente. Esta situación se da, por ejemplo, en la contratación sobre bienes inmuebles, en los casos de interrupción del tracto sucesivo registral (art. 20 LH), cuando quien ha adquirido un bien se encuen-

(2) Veáse Antonio Rodríguez Adrados, *El documento notarial y la seguridad jurídica*, en *Escritos Jurídicos,* III, Colegios Notariales de España, 1996, pp. 120 y ss.

tra con que no puede inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad porque su transmitente no tiene inscrita su propiedad y carece de título público que permita su inscripción. En tal supuesto, está legitimado para instar la elevación a público del documento privado en que su transmitente adquirió, aun no habiendo sido parte en el contrato, pudiendo, al efecto, demandar a quienes fueron parte en el indicado contrato (3).

El mismo principio lleva consigo la eficacia que el documento público tiene como título legitimador en el tráfico jurídico, especialmente visible en los apoderamientos.

En cambio, para los documentos privados, el art. 1227 CC dispone que *"la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio"*. Si bien es cierto que viene siendo admitida la posibilidad de probar la autenticidad de la fecha por cualquier medio admitido en Derecho. Con más exactitud, el art. 1274 de la citada Propuesta de Modificación dice lo siguiente:

"El documento privado no prueba, por sí solo, la certeza de la fecha del acto o contrato que constituya su contenido.

La existencia del documento constará fehacientemente desde la fecha en que se incorpora o inscribe en un registro público, o en que se entrega a un funcionario por razón de su oficio, o en que acaece la muerte de cualquiera de los que lo firmaron.

Para la determinación de la fecha o del tiempo del acto o contrato caben todo tipo de pruebas".

La Propuesta evita hablar de oponibilidad *"respecto de terceros"*, porque se considera que esa certeza también es válida entre las partes, como, de hecho, viene entendiendo la doctrina para el vigente art. 1227, pero el significado no cambia, de modo que la regla sigue rigiendo para determinar la oponibilidad de la fecha en cuanto a terceros.

(3) Sin perjuicio de su derecho de acudir al expediente de reanudación del tracto sucesivo del art. 208 de la Ley Hipotecaria, que no siempre será posible culminar con éxito.

En cualquier caso, obsérvese que en el documento privado incorporado o inscrito en un registro público o entregado a un funcionario o con otorgante fallecido lo único oponible a terceros es su fecha; el documento no deviene público ni auténtico por ese solo hecho, con lo que no se entenderán probados ni su contenido ni su autenticidad hasta que no se declaren judicialmente. Mientras que en el documento público es oponible no sólo la fecha, sino también *"el hecho que motiva su otorgamiento"* o, conforme a la Propuesta, el documento hace prueba frente a tercero "*del hecho, acto o estado de cosas que documente, de la fecha en que se produce esta documentación, de la autorización y de la identidad de las personas de que se hubiere dado fe en él*".

Como se ve, la diferencia en la forma de hacer oponible a terceros el documento público y el documento privado es notable, consecuencia directa de la calidad intrínseca de uno y otro.

La conclusión es que nuestro sistema jurídico ha organizado un sistema de formalización documental de las relaciones jurídicas al que los ciudadanos puedan acudir para lograr la máxima seguridad jurídica en sus relaciones contractuales, que, de esta forma, se constituye en un importante instrumento para hacer efectivo el principio constitucional que ordena proteger la seguridad jurídica.

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DOCUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

La Constitución española de 1978 recoge expresamente la garantía de la seguridad jurídica en su Título Preliminar, en el artículo 9.3: la Constitución garantiza la seguridad jurídica.

Como explica Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (4), los constituyentes introdujeron el principio de seguridad jurídica a partir de dos elaboraciones dogmáticas: de una parte la de los publicistas, que habían hecho de la seguridad jurídica una clave de bóveda del llamado Estado Administrativo de Derecho, al exigir la coherencia

(4) En *"La garantía institucional de la fe pública"*, en *"La reforma de la justicia preventiva"*, Madrid 1997, pp. 243 y ss.

interna del ordenamiento; y, de otra, la noción de seguridad jurídica *inter privatos*, elaborada por los civilistas y consistente en la firmeza de las relaciones obligacionales y de los derechos reales.

Antonio Rodríguez Adrados (5) descompone el principio constitucional de seguridad jurídica en tres aspectos:

a) Seguridad jurídica o certeza del derecho objetivo, articulada en los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad e irretroactividad de las normas desfavorables.

b) Seguridad jurídica en la aplicación de las normas por los operadores jurídicos, ya se trate de poderes públicos o *inter privatos*.

c) Responsabilidad, esto es, seguridad económica e indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica directa.

A los efectos que aquí nos interesan, la seguridad jurídica en las relaciones entre particulares, son los dos últimos aspectos los relevantes y tienen un sentido muy diferente: el apartado b) tiene una eficacia fundamentalmente preventiva, en el sentido de que su finalidad es evitar que surja el conflicto y, si no obstante éste aparece, facilita su solución proporcionando certeza en los elementos concurrentes, lo que ayudará a quien deba resolverlo y a que cada sujeto reciba aquello que cabía esperar del contrato o acto jurídico celebrado; en cambio la seguridad indemnizatoria no deja de ser una seguridad de segundo grado, en tanto que supone la actuación sobre una situación ya frustrada irreparablemente y sólo permite obtener una compensación, no aquello que cabía esperar de la celebración del acto o contrato.

Es a la seguridad jurídica preventiva a la que sirve el documento público notarial. De esta manera, éste entronca con el mandato constitucional. La duda es qué consecuencias jurídicas supone esta conexión con la Constitución.

El Tribunal Constitucional se refiere con cierta frecuencia al principio de seguridad jurídica, pero no suele tener en cuenta, cuando lo hace, este aspecto de la seguridad jurídica preventiva. Un numeroso grupo de sentencias, al describir la seguridad jurídica, se fija en su aspecto de certeza del derecho objetivo. Otras se refieren a

(5) En *"La función notarial y los principios y valores constitucionales"*, Revista de Derecho Notarial, XXX, núm. CXX, abril-junio 1983, pp. 475 y ss.

la aplicación del Derecho, pero le niegan virtualidad suficiente para configurar, por sí sola, base para un derecho fundamental, concretamente afirman que se trata de un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno a favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo conforme al art. 52.2 de la Constitución, sin perjuicio de que entra en conexión con otros derechos constitucionales y, por esta vía, puede producir una vulneración de derechos fundamentales que sí sean susceptible de amparo; y aquí el Tribunal Constitucional se centra sobre todo en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1. Con arreglo a ello, el derecho a obtener un documento público no estaría protegido, como un derecho fundamental, por el recurso de amparo.

Pero, en mi opinión, esto no le priva de un cierto rango constitucional. Como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio general del derecho, reconocido por la Constitución, lo que implica que todos los poderes públicos están obligados a respetarla, que el legislador no puede aprobar normas que sean frontalmente contrarias a este principio y que las normas jurídicas deben interpretarse en términos que resulten conforme a ella. En la medida en que el derecho a obtener un documento público, tal y como hemos defendido, forma parte de ese principio constitucional de seguridad jurídica, tanto el legislador como los poderes públicos en la aplicación de las normas deberán respetarlo y no dificultarlo si se carece de justificación suficiente para ello.

CONSECUENCIAS DEL DERECHO AL DOCUMENTO PÚBLICO

Configurado de la forma que lo hemos hecho, el derecho a obtener un documento público para los actos y contratos realizados lleva consigo diversas consecuencias, concretamente constituye un mandato dirigido al Estado, a los particulares y al propio Notario.

1. El Estado no debe impedir a los contratantes el ejercicio del derecho a la forma pública, ni, por tanto, puede aprobar normas que lo impidan o dificulten. Una norma que así lo hiciera no respetaría el mandato constitucional que le obliga a que

las leyes respeten el principio de seguridad jurídica. Las únicas excepciones que deberían existir serían las que trajeran su causa de la ilicitud del acto o contrato pretendido, cuestión a la que luego se hará referencia.

Sin embargo, existen leyes que incurren en este defecto, en particular algunas dictadas en materia de viviendas protegidas, como la Ley 24/2003 de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida en Aragón, cuyo art, 10.3 dispone que *"los Notarios no podrán autorizar escrituras públicas que documenten la transmisión, incluida la adjudicación en el caso de sociedades cooperativas, comunidades de bienes u otras personas jurídicas sin ánimo de lucro, de viviendas protegidas con anterioridad a la emisión de la calificación definitiva por parte del órgano administrativo competente"* y que *"cualquier escritura pública realizada contraviniendo esta disposición será nula de pleno derecho"*. Esta norma no prohíbe la venta de viviendas antes de la calificación definitiva, sino que la venta se formalice en escritura pública, declarando ésta nula. Es decir, se reconoce la validez de la venta, pero se prohíbe que se otorgue la escritura pública. En realidad, lo que pretende prohibir es la transmisión de la propiedad antes de esa calificación, por razones que no es fácil discernir; pero es que, además, lo hace incurriendo en el error de confundir escritura pública y transmisión de propiedad, olvidando de que son cosas distintas, que la escritura pública lo que formaliza es el contrato y que la adquisición de la propiedad precisa de un requisito adicional, la tradición o entrega del bien vendido (art. 609 CC), que puede y suele ser simultánea (tradición instrumental), pero también puede diferirse a un momento posterior al del otorgamiento de la escritura.

Es una norma desgraciada, porque consagra legalmente la imposición del documento privado en la fase previa a la adquisición en el proceso de compra de las viviendas protegidas y empeora las garantías del comprador de viviendas protegidas respecto del comprador de vivienda libre, que no tiene esta prohibición. Obsérvese que no declara nula la compraventa celebrada, sino la escritura pública. La inconstitucionalidad de esta norma deriva no sólo de que vulnera el principio a la seguridad jurídica, sino también de que la regulación del instrumento público y, por tanto, también de las causas de su nulidad, es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 CE), sin que una ley autonómica pueda, en consecuencia, contener una regla de estas características. El art. 15.2 de la misma Ley también dice

que *"serán nulas de pleno derecho las escrituras públicas de cesión, por cualquier título, de viviendas protegidas si no se ha obtenido con anterioridad a su otorgamiento el preceptivo visado"*, confundiendo continente y contenido, ya que lo que, en su caso, puede declarar nula esa ley es la cesión, pero la escritura pública sólo será nula si le faltan los requisitos formales que la ley establece para su validez, cuya competencia corresponde exclusivamente al Estado. Lamentablemente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de junio de 2008 considera este precepto conforme a la Constitución, aunque con argumentos superficiales, sin llegar a plantearse ni entrar en ninguna de las precisiones aludidas, que resultan necesarias para una correcta valoración de la norma.

Algo parecido a la Ley aragonesa vienen a establecer otras normas autonómicas, como el art. 28.5 del Decreto 90/2009, de 26 de junio, del Consell de la Comunidad Valenciana, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Pública.

En general, la mayoría de las leyes en materia de viviendas protegidas, aunque no sean tan explícitas, distinguen con rigidez lo que llaman el contrato de compraventa, sobre el que se parte de la base de que se debe formalizar en documento privado, y la escritura de elevación a público de dicho contrato, una vez finalizada la obra y obtenida la calificación definitiva (art. 15 del Real Decreto estatal 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Vivienda, art. 24 del Decreto 149/2006, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se desarrollan determinadas Disposiciones de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas en materia de Vivienda Protegida y el Suelo, art. 68 de la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León, arts. 45 y 46 de la Ley Foral 10/2010, de 1 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, disposición adicional tercera de la Ley del Principado de Asturias 2/2004, de 29 de octubre, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda, art. 16 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, art. 25 del Decreto 39/2008, de 4 de marzo, del País Vasco, sobre régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo). Parece mentira que el legislador actúe

en esta materia con tanto desconocimiento del funcionamiento del sistema jurídico español.

Otro supuesto específico de denegación de la función notarial por ministerio de la ley y que no trae causa en la falta de legalidad del acto o contrato es el regulado en el art. 19 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que, bajo el epígrafe *"Abstención de ejecución"*, impone a los sujetos obligados por dicha legislación, entre los que se encuentra el Notario, el deber de abstenerse de intervenir si se dan indicios de que la operación pretendida pueda estar relacionada con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, salvo que dicha abstención no sea posible o pueda dificultar la investigación, en cuyo caso los sujetos obligados pueden ejecutar la operación, efectuando inmediatamente una comunicación de conformidad con lo establecido en la misma Ley al Servicio Ejecutivo de la Comisión. Esta regla, general para todos los sujetos obligados que enumera el art. 2 de la indicada Ley, tiene una particularidad para los Notarios, en el apartado 2 del citado art. 19, que dispone:

2. A efectos de esta Ley se entenderá por justa causa que motive la negativa a la autorización del notario o su deber de abstención la presencia en la operación bien de varios indicadores de riesgo de los señalados por el órgano centralizado de prevención o bien de indicio manifiesto de simulación o fraude de ley. Para ello, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24, el notario recabará del cliente los datos precisos para valorar la concurrencia de tales indicadores o circunstancias en la operación.

En cambio, para la inscripción en los registros públicos, se establece en el mismo apartado, a continuación, que *"respecto de los registradores, la obligación de abstención a que se refiere este artículo en ningún caso impedirá la inscripción del acto o negocio jurídico en los registros de la propiedad, mercantil o de bienes muebles"*.

No es posible analizar aquí el alcance de esta causa de denegación de funciones, pero sí que debe ponerse de manifiesto que, en este punto, la Ley va más allá de lo dispuesto en la Directiva 2005/60/CE que transpone en lo que se refiere al tratamiento del documento público notarial, ya que ésta pone el acento en la obligación de comunicación a las autoridades competentes en materia de

blanqueo de capitales de las operaciones sospechosas y aunque admite que los Estados miembros pueden dar instrucciones para que la operación no se ejecute, se trata de una medida muy excepcional que de ninguna forma debería establecerse para la formalización de documentos públicos.

Sin embargo, la Ley española, en la norma expuesta, regula una auténtica prohibición de autorizar el documento. Es una solución radical, manifiestamente excesiva, puesto que el acceso al documento público no debería verse cercenado por meros indicios o sospechas; ténganse en cuenta los graves perjuicios que puede sufrir una persona a la que se le deniega la función notarial: plazos perentorios que vencen y suponen la pérdida de derechos, imposibilidad posterior de realizar los actos que en ese momento se le impiden, etc.

Por ello, la interpretación que se haga de esta regla debe limitar su aplicación a supuestos excepcionales. Téngase en cuenta que, por su propia naturaleza, en el ámbito de prevención de blanqueo de capitales, la existencia de certeza de los posibles indicios existentes en una operación es absolutamente excepcional, ya sea antes de su examen especial o tras éste; por ello, la decisión de abstención sólo puede producirse en el supuesto notarial cuando los indicadores sean de tal importancia, intensidad o certidumbre que justifiquen la misma, ya que el notario no puede denegar el ejercicio de una función pública con base en meros indicios.

Por ello, en cuanto a los indicadores de riesgo señalados por el órgano centralizado de prevención del Consejo General del Notariado (creado por la Orden EHA/2963/2006), al que se refiere el precepto, debe entenderse que no todos los establecidos por él sirven de soporte como causa de denegación de la función notarial, sino sólo aquellos que específicamente se han fijado como justa causa para la denegación de la función, indicadores cuya existencia real y cierta debe concurrir a juicio del Notario. De todos modos, la gran generalidad con que están normalmente formulados estos indicadores de riesgo hace muy difícil la actuación del Notario.

Lo mismo puede decirse respecto de los supuestos con *"indicio manifiesto de simulación o fraude de ley"*.

En toda esta materia, desgraciadamente, la seguridad jurídica queda fuertemente afectada.

Y también debe decirse que este derecho a la forma pública no debería ser entorpecido por los poderes públicos estableciendo tri-

butos dirigidos a gravarlo. Y, lamentablemente, eso lo que hace el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, que carece de parangón en los países de nuestro entorno. Este impuesto sujeta a gravamen las escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable y contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles, siempre que, claro, no estén ya sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o al Impuesto de Operaciones Societarias (art. 31 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados). Es decir, el sólo hecho del otorgamiento de un documento público notarial inscribible con objeto valuable se considera sujeto a tributación; el mismo acto formalizado en documento privado no queda gravado (6). No sólo se trata de una discriminación tributaria del documento público frente al privado, sino que dificulta el acceso a la seguridad jurídica de modo injustificado.

2. Frente a los demás contratantes: cualquiera de las partes que intervienen en un contrato puede exigir a las otras que el contrato se formalice de manera segura, desde luego por escrito, pero también en forma de documento público, que es el que atribuye la máxima seguridad.

Se defiende aquí que éste es un derecho que deriva directamente de la Constitución, del que la acción que regula el art. 1278 CC no es sino una manifestación o una consecuencia (sobrevenida, en el sentido de que este precepto es muy anterior a la Constitución).

Sin embargo, el legislador ordinario no ha aprobado ninguna norma general que proclame este principio. La más genérica es la del citado art. 1278 CC, pero que no abarca todos los supuestos a los que debería llegar.

(6) Es cierto que, en principio, el título inscribible debe ser una escritura pública, pero existe algún supuesto de documento privado inscribible, como la distribución de responsabilidad hipotecaria (art. 216 del Reglamento Hipotecario), que si se lleva a cabo mediante instancia privada no está sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, mientras que formalizada en escritura pública, sí.

Incluso, cuando el legislador establece, para algún contrato en particular, un principio de este tipo, muchas veces se queda corto, puesto que sólo declara exigible la forma escrita, no la pública. Es lo que sucede, por ejemplo, en materia de arrendamientos urbanos, en relación con los cuales, además, se produce una notable incongruencia. En efecto, la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado, ha reformado la Ley de Arrendamientos Urbanos, modificando radicalmente las circunstancias en las cuales un arrendamiento urbano es oponible al tercer adquirente de un inmueble, con el objetivo, según declara su preámbulo, de *"normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico del alquiler de viviendas"*, para lo cual exige que el arrendamiento de viviendas *"se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y, en consecuencia, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito"*. Es decir, parece que el objetivo es dar al arrendamiento el mismo tratamiento que una carga. Este principio se desarrolla en estos términos en los arts. 7.2, 10.2, 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que, por cierto, producen perplejidad, puesto que unas veces parece imponerse indefectiblemente que el arrendatario tenga inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad como único presupuesto para que el arrendamiento sea oponible al adquirente, como si la ausencia de la inscripción llevara consigo de forma directa, y sin necesidad de ningún otro requisito, la extinción del arrendamiento; mientras que en otros lugares se hace referencia expresa a que el adquirente debe reunir para ello los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria y este precepto no sólo exige la ausencia de inscripción de la carga y que el adquirente inscriba a su nombre, sino también, y muy particularmente, que tenga buena fe, es decir, que desconozca la existencia de la carga, en este caso del arrendamiento, situación que se dará en pocas ocasiones, dada la enorme publicidad que la posesión del inmueble da al arrendamiento.

En cualquier caso, esta norma parece abocar al arrendatario que quiera tener su derecho protegido frente a los futuros adquirentes del inmueble a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad, para lo cual necesitará que el contrato se formalice en escritura pública. Pues bien, nos encontramos con que el art. 37 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, bajo la rúbrica *"Formalización del arrendamiento"*, establece que *"las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento"*. Pero esto no es suficiente para poder inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, para lo que hace falta documento público. Si atendemos a la mera literalidad del precepto, una de las partes no puede obligar a la otra a otorgar el contrato en documento público. Evidentemente, diga lo que diga esa norma, no hay duda de que el arrendatario –y también el arrendador- puede exigir de la otra parte el otorgamiento del contrato de arrendamiento en escritura pública.

Por otra parte, este derecho, dado su carácter fundamental, no es renunciable o, dicho de otro modo, puede hacerse efectivo aunque se hubiera renunciado al mismo, porque tal renuncia no tendría valor, de la misma forma que tampoco es renunciable el derecho constitucional de acceso a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, no se ha entendido así generalmente. El caso más típico en el que se plantea esta cuestión es el contrato de compraventa de inmuebles en que se pacta que la escritura pública no se otorgará hasta que el comprador satisfaga totalmente el precio, muy extendido en la contratación inmobiliaria. Pues bien, son numerosos los autores que han defendido la validez de este pacto. Incluso el Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión en tal sentido. Así, la STS de 13 de abril de 1992 (La Ley 3181/1992) dice, sobre una transmisión inmobiliaria: *"ha de tenerse en cuenta que en la estipulación decimotercera se condicionó el otorgamiento de la escritura al cumplimiento por el comprador de los pagos estipulados, por lo que al no haber cumplido éste con su esencial obligación no puede exigir entretanto el otorgamiento de escritura pública; será una vez que se haya cumplido, judicial o extrajudicialmente, con la obligación nacida de la cláusula penal cuando el comprador pueda eficazmente compeler al vendedor a ese otorgamiento"*.

En realidad, esta cuestión suele tratarse sobre la base de una errónea comprensión del sistema de transmisión de propiedad vigente en España, igual que vimos que sucedía con la normativa en

materia de viviendas protegidas, ya que se parte de la idea de que el otorgamiento de la escritura pública lleva consigo necesariamente la entrega de la posesión y la transmisión de la propiedad; es decir, un pacto de esas características lo que realmente pretende es que no se entregue la posesión ni se transmita la propiedad hasta que no se produzca el íntegro pago del precio, lo que no es incompatible con el otorgamiento de la escritura pública, porque en nuestro Derecho la compraventa es un contrato obligacional, es decir, lo que hace es generar obligaciones para ambas partes (art. 1445 CC), y la transmisión de la propiedad precisa de un requisito adicional: la entrega o tradición de la cosa vendida (art. 609). Y, aunque el otorgamiento de la escritura pública en principio equivale a la entrega (tradición instrumental), esto sólo es así cuando de la misma escritura no resultare o se dedujera claramente lo contrario (art. 1462, párrafo 2.º). Por tanto, es perfectamente posible que la propia escritura aplace la entrega de la posesión y, por tanto, la transmisión del dominio a la finalización del pago del precio, escritura que, por tanto, no será inscribible en el Registro de la Propiedad hasta que no se acredite la entrega de la cosa.

Lo que acaba de relatarse son ideas muy básicas del sistema de transmisión del dominio y, por ello, puede sorprender que sigan sin comprenderse bien. Porque lo cierto es que, en la práctica de la contratación inmobiliaria, existe una idea preconcebida que asocia de modo casi necesario el otorgamiento de la escritura con la transmisión de la propiedad y esto lleva como consecuencia que el comprador de un bien inmueble deba pasar, casi necesariamente, cuando en el momento del otorgamiento del contrato no paga la totalidad del precio, por la peligrosa e insegura fase del documento privado, de modo muy particular en las compraventas realizadas al promotor inmobiliario de edificaciones en obra o en proyecto, en las que la escritura pública se difiere a veces mucho tiempo, durante el cual el comprador va pagando cantidades importantes de dinero. Ciertamente el promotor debe garantizar mediante aval bancario o seguro las cantidades entregadas a cuenta (Ley 57/1968 y disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la edificación), pero esta garantía de reparación es independiente de la estrictamente jurídica, es decir, de la dirigida a que el comprador pueda hacer valer el contrato celebrado en sus estrictos términos.

De esta errónea concepción participan también las entidades financieras que han concedido préstamo hipotecario al promotor sobre el inmueble en construcción, en cuyo esquema operativo no entra la posibilidad de que el promotor otorgue escritura pública de compraventa a favor de los compradores de las edificaciones en obra, sin duda por esa incorrecta comprensión del funcionamiento de nuestro sistema de transmisión de propiedad.

Por todo ello, resulta muy difícil combatir este modo de hacer las cosas, que contraviene el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes y, particularmente, de los adquirentes de viviendas. Las normas que regulan los derechos de los adquirentes de viviendas deberían hacer referencia a este derecho irrenunciable que tienen. Sin embargo, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, no incluye de forma clara este derecho del adquirente.

El modo de hacer efectivo este derecho al documento público frente a los demás contratantes, ante su oposición, consiste en el ejercicio de la correspondiente acción judicial exigiendo su otorgamiento. Acreditada la autenticidad del acto jurídico, la resolución judicial condenará al otorgamiento del documento, pudiéndose obtener la ejecución a través del procedimiento previsto en el art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone:

Artículo 708 Condena a la emisión de una declaración de voluntad

1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.

2. Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiere por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

Téngase en cuenta que la declaración de voluntad que se entiende emitida conforme a lo previsto en este precepto es la del ejecutado que no la prestara voluntariamente en el plazo establecido, de modo que las restantes declaraciones de voluntad que deben concurrir en el contrato tienen que prestarse por los medios establecidos por las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos. Así, lo ha confirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 12 de marzo de 2010 y 17 de mayo de 2013, que establecen que la actuación judicial conforme a dicho precepto no suple la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de los actos y negocios jurídicos, de modo que el demandante podrá otorgar la escritura de elevación a público del documento privado compareciendo ante el Notario por sí solo, apoyado en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado, puesto que el auto del art. 708 LEC viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de la persona cuya voluntad ha sido suplida judicialmente.

De todos modos, es preciso reconocer las dificultades que se encontrará quien tenga que acudir a este procedimiento para hacer efectivo su derecho al documento público, ya que se verá abocado a demandar a la contraparte en un procedimiento declarativo ordinario y luego, quizás, también a un proceso de ejecución; y ello sólo para conseguir disponer del documento y sin perjuicio de las incidencias que pueda llevar consigo el cumplimiento del contrato. De ahí que sea altamente recomendable que en los contratos de

relevancia jurídica, sobre todo si los efectos añadidos que la forma pública proporciona son importantes, se otorgue inmediatamente la escritura pública.

Esta acción, como tal, es imprescriptible. Suele entenderse que es así en cuanto que supone el ejercicio de una facultad inherente a un derecho a exigir el cumplimiento del contrato y mientras éste sea exigible lo será también la facultad de elevación a escritura pública (7). Coincide con este criterio la STS de 14 de febrero de 1986, citando otra de 9 de mayo de 1970, que dice: *"habida cuenta que los contratos constituyen un todo orgánico, enlazando unas cláusulas con otras, y supeditadas las accesorias a lo que forma el núcleo, la obligación principal, causa del concurso de voluntades y además que el pacto de elevar a escritura pública convenido en el documento privado es una facultad más que una obligación latente en todo convenio aunque no lo exprese especialmente, parece indudable que, al menos, mientras subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que dio nacimiento, pervive el pacto accesorio de poder ser instrumentado públicamente"*.

En mi opinión, hacer depender la facultad de elevar a escritura pública de la vigente exigibilidad del contrato es un planteamiento que se queda corto. Entiendo que, aunque la exigibilidad de éste se encuentre prescrita, aquella facultad no prescribe. Téngase en cuenta que el contrato puede estar totalmente cumplido, no quedar ninguna obligación propiamente contractual pendiente, y, sin embargo, no haberse otorgado la escritura pública, que cualquiera de las partes puede necesitar, aun pasado mucho tiempo, sobre todo el comprador, para disponer de título público de propiedad, pero también la otra parte, para acreditar debidamente la celebración del contrato.

3. Frente al Notario encargado de la autorización del documento público: el derecho a la forma pública no puede quedar al arbitrio del Notario y, por ello, se dispone que la autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el Notario (art. 145 del

(7) L. Fernando Reglero Campos, en los comentarios a los artículos 1278 y 1279 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XVIII, 1993, p. 1279.

Reglamento Notarial). En este punto, pasa a primer plano el aspecto de función pública que tiene la profesión notarial, que lo separa del ejercicio de cualquier otra profesión, en la cual el profesional es libre para decidir si desea o no aceptar los asuntos que se le encargan.

La forma de hacer efectivo este derecho frente al Notario que deniegue su intervención se regula también en el art. 145 del Reglamento Notarial, que establece un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien, curiosamente, como vamos a ver, este precepto reglamentario ha sido anulado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, aunque, como también veremos, es una pronunciamiento errado, que no impide que este régimen siga aplicándose. Por otro lado, el art. 43.Dos.2.B.b), dentro del régimen disciplinario de los Notarios, tipifica como falta grave la denegación injustificada por parte del notario a autorizar un instrumento público. Aparte de la responsabilidad civil en que también puede incurrir si la negativa comporta daños o perjuicios para el requirente.

LIMITACIONES AL ACCESO A LA FORMA PÚBLICA. EL CONTROL DE LEGALIDAD NOTARIAL

La demanda que, conforme veíamos en el apartado anterior, puede interponer una parte contra la otra que se niega a formalizar el documento público, toma como presupuesto la corrección jurídica del acto o contrato en cuestión, que es lo que justifica este derecho al documento público, el cual, efectivamente, está limitado por la legalidad del acto o contrato que se pretende formalizar. Por esta razón, no se podrá pretender la formalización documental del contrato si contraviene normas legales tales que el contrato carezca de validez y, si así se intenta, el Juez deberá desestimar la demanda. Sería absurdo que una resolución judicial condenara a formalizar un contrato nulo por falta de requisitos esenciales o que contraviniera normas imperativas o prohibitivas, porque, si así fuera, de alguna manera se estaría bendiciendo por un poder del Estado un acto o contrato celebrado contra normas básicas de éste. Pensemos, por ejemplo, en la pretensión de que se eleve a público un contrato de transmisión de esclavos o de tráfico de órganos o cualquier otro que podamos pensar que contraríe nuestro Derecho.

Por la misma razón, también la pretensión de un particular frente al Notario para que le autorice un documento público debe estar sometida a la misma limitación: la legalidad del acto o contrato pretendido. Por similares razones: el documento público es una creación del Estado destinada a generar seguridad jurídica, a través de unas presunciones de validez y una legitimación para actuar en el mundo jurídico y económico, de modo que la finalidad que persigue se vería defraudada si fuera posible otorgar documentos públicos con cualquier contenido por muy ilegales que fueran y por mucho que contravinieran disposiciones legales imperativas o prohibitivas.

Sin embargo, esta cuestión, que parte de reconocer un control de legalidad al Notario sobre los actos o contratos para cuya autorización se le requiere, basada en su condición de funcionario público y de autoridad, ha sido oscurecida por una polémica, a la que es preciso hacer referencia.

En efecto, con carácter general, puede decirse que el control de legalidad es una parte fundamental de la actuación del Notario, de modo que no se entiende ésta sin aquél. En España, como en muchos otros países en los que también está implantado un sistema notarial de corte latino o romano-germánico, el Notario no es mero fedatario pasivo que se limita a legitimar firmas, previa comprobación de la identidad de los otorgantes, sin entrar en el contenido del acto o negocio que se documenta. Por el contrario, como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 207/1999), *"a los Notarios, en cuanto fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el art. 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que «El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales», función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, en su art. 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando «... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos». La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es*

objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público".

Este control de legalidad general del Notario tiene plasmación en varias normas con rango legal. La Ley 14/2000, al regular el régimen disciplinario de los Notarios, en el art. 43.Dos, apartado 2.A.c, tipifica como infracción muy grave del Notario la autorización de documentos contrarios a las Leyes o sus reglamentos; y el apartado 2.B.c del mismo precepto considera infracción grave las conductas que impidan prestar adecuadamente el control de legalidad. La Ley 24/2001 añadió un nuevo art. 17 bis a la Ley del Notariado, en cuyo apartado 2 se dispone que "*el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes"*. La Ley 36/2006 modificó el art. 24 de la Ley del Notariado, en cuyo párrafo segundo, se dispone que *"los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas"*.

Y es que, como dice Antonio Rodríguez Adrados, *"a nadie se le ocurre que el ordenamiento haya instituido el Notariado para dotar de la eficacia especial conocida por fe pública a actos que el mismo ordenamiento repudia, poniendo a los ciudadanos en la necesidad de impugnar judicialmente unos negocios que de esta mantera habrían adquirido una presunción de validez, una apariencia de normalidad, la misión antilitigiosa del Notario se habría convertido en un incremento de litigiosidad"* (8).

Como desarrollo de ese control que hemos visto que viene establecido en diversas disposiciones con rango legal, el art. 145 RN venía estableciendo el deber del Notario de denegar la autorización del documento si el acto que se pretende formalizar fuera contrario a la ley, sometiéndose el eventual juicio denegatorio a un recurso del particular afectado por la denegación ante la Dirección General

(8) Rodríguez Adrados, Antonio, *"Principios notariales: el principio de legalidad"*, en *El Notario del siglo xxi*, 15 (2007), p. 104.

de los Registros y del Notariado. Este precepto fue modificado, para adaptar su redacción, anticuada, a los tiempos, por la reforma del Reglamento Notarial aprobada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, modificación que mantenía la regulación anterior. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 declaró la nulidad de las referencias del indicado art. 145 RN al control de legalidad notarial (así como las contenidas en otros preceptos del mismo Reglamento) y la regulación de la denegación de la autorización por contravenir el acto la ley, por considerar dicho Tribunal que el rango normativo reglamentario es insuficiente para regular esta materia y que no le sirven de amparo suficiente los preceptos legales antes indicados, de modo que sólo cuando alguna norma con rango legal prevea la denegación por parte del Notario de la autorización de algún acto contrato específico, procederá ésta, como, de hecho, ya sucede en diversas materias; para los demás casos, viene a decir el Tribunal Supremo que el deber del Notario de velar por la regularidad formal y material de los actos o negocios jurídicos en que intervenga o el examen de la adecuada legalidad se materializará en las reservas y advertencias legales que debe hacer el Notario.

No es posible aquí profundizar todo lo deseable en el significado de la indicada Sentencia y en los resultados absurdos a que lleva su aplicación meramente literal. Pero es indudable que existen supuestos en los que el Notario debe denegar su intervención. Y no son sólo aquellos a que se refiere la Sentencia, es decir, los casos concretos en que existe una norma que expresamente sanciona la falta de algún requisito de regularidad del acto o contrato con la prohibición dirigida al Notario de autorizar la escritura pública, sino otros muchos, de naturaleza muy diversa, en los que carecería de todo sentido común que el Notario admitiera el otorgamiento. La casuística es muy grande, pero podemos pensar en varios casos muy obvios. Para empezar, aquellos en los que faltan presupuestos esenciales de la validez del documento como tal: algún sujeto no se ha identificado, o carece de capacidad suficiente, o se pretende que el Notario autorice la escritura fuera del distrito en que es competente. También aquellos en que el documento tiene por objeto materia totalmente contraria al orden público; antes mencionábamos los contratos de transmisión de esclavos y tráfico de órganos; podemos pensar en otros muchos con objetos ilícitos o imposibles. En fin, la imaginación de cada uno puede alumbrar infinidad de supuestos en

los que iría en contra de toda lógica que el Notario autorizara la escritura limitándose a hacer una advertencia.

Evidentemente, no cualquier irregularidad o la ausencia de cualquier requisito permiten al Notario denegar la autorización. En concreto, las irregularidades que no afectan a la validez o licitud del acto, si no existe norma alguna que imponga la abstención del Notario, no impedirán el otorgamiento de la escritura pública, sin perjuicio de que el Notario haga la correspondiente advertencia a los otorgantes. Muy particularmente, esto puede suceder cuando el requisito ausente pueda cumplirse en un momento posterior y todas las partes otorgantes estén de acuerdo en que el documento se otorgue.

En cualquier caso, si quien pretende el otorgamiento del documento notarial se encuentra con la oposición del Notario, decíamos antes que el art. 145 del Reglamento Notarial le da derecho a interponer un recurso. Concretamente, el último apartado del indicado precepto dispone:

La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad.

Lo que pasa es que, como dijimos, la STS de 20 de mayo de 2008 declaró la nulidad, entre otros, de este apartado, basándose en la idea de que la denegación de funciones por parte del Notario debe tener como fundamento una norma con rango de ley. Pero es que, aun partiendo de la literalidad de la Sentencia, es preciso que exista algún procedimiento al que pueda acudir el particular disconforme si el Notario considera que hay causa legal de denegación de la autorización del documento; la supresión, si más, de este recurso le obligaría a acudir a un procedimiento judicial ordinario, lo que parece del todo desproporcionado.

En nuestra opinión, debe hacerse una interpretación conforme a su sentido lógico y considerar que el indicado apartado sigue en vi-

gor para aquellos casos en que existe una denegación de funciones por parte del Notario y es preciso determinar si está justificada. De hecho, la Dirección General de los Registros y del Notariado sigue admitiendo y resolviendo recursos contra la denegación de funciones por parte del Notario considerando que la denegación está justificada si proviene de un correcto análisis jurídico y el centro directivo entra a valorar si éste se ha producido, considerando correcta la denegación no sólo si existe una norma concreta que imponga expresamente la abstención del Notario por la causa que concurre en el caso, sino, en general, si el acto o contrato pretendido no reúne los requisitos de regularidad [entre otras, Resoluciones de 14 y 20 de marzo y 10 de junio de 2013 (9)].

En consecuencia, entendemos que cabe el recurso administrativo que regula el indicado precepto, en los términos que aparecen en él. El Notario tendrá obligación de fundar su denegación por escrito, a solicitud del interesado. El precepto no establece plazo para la interposición del recurso, lo que, según la propia doctrina del centro directivo, hace que esta cuestión se someta a los usos y reglas de la buena fe (Resolución de 7 de julio de 1982). Contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrá interponerse potestativamente recurso de reposición ante la Dirección General en el plazo de un mes, o recurso contencioso-administrativo dentro del plazo de dos meses.

(9) En esta última Resolución, se trataba de un Ayuntamiento que pretendía otorgar escritura pública formalizando dos operaciones de préstamo hipotecario con una entidad financiera para financiar una promoción de viviendas. La Notaria niega la autorización de la escritura amparándose en la Disposición Final 15.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 que modifica el apartado dos del artículo 14 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, y que exige a las entidades locales liquidar el ejercicio 2010 con ahorro neto positivo para poder concertar nuevas operaciones de crédito a largo plazo, lo que no se acredita haberse cumplido. La DGRN analiza los requisitos precisos para la formalización de esos préstamos y considera ajustada a Derecho la actuación de la Notaria.

APROXIMACIÓN DESDE NUESTRO DERECHO GENERAL DE LOS CONTRATOS

El derecho de las partes a que el contrato se otorgue en documento público está regulado, con carácter general, en los arts. 1278, 1279 y 1280 del Código Civil, cuyo ensamblaje no es sencillo, debido a la distinta procedencia de los diversos elementos que recogen y a que el texto final que se aprobó seguramente procede de una transacción entre propuestas antagónicas, aunque, tras las dudas iniciales, desde hace ya años existe un acuerdo muy generalizado en su interpretación.

Resumiendo la cuestión, tenemos que mientras el art. 1278 proclama el principio de libertad de forma: *"los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado …"*; el art. 1280 dispone que *"deberán constar en documento público"* un número importante de actos y contratos, algunos de los cuales están sujetos a forma solemne en virtud de otras disposiciones de nuestro Código, pero la mayoría no lo están; también dice que *"deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas* [9,02 euros]*"*. Parecen reglas contradictorias (10).

La aparente antinomia entre estas dos normas la salva el art. 1279, que establece:

Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella

(10) Contradicción que, de hecho, viene de la Ley de Bases de 1888, cuya Base 19 decía que se fijará *"un máximun, pasado el cual toda obligación de dar o de restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras o de prestación de servicios habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución"*; mientras que la Base 20, por el contrario, establecía que los contratos *"continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente"*.

forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Es decir, que, salvo que una disposición lo establezca claramente, la exigencia de una forma especial no afecta a la validez del contrato. Ahora bien, aparte de esto, la interpretación de esta norma tampoco es fácil. La principal duda que se ha planteado la doctrina es si la obligación de documentar es requisito para exigir el cumplimiento del contrato. Muy particularmente, si para exigir que se cumplan los contratos incluidos en el art. 1280 y no sujetos a forma solemne es preciso el ejercicio de dos acciones: una previa para lograr el otorgamiento de escritura pública y la otra para exigir que se cumpla el contrato.

Pues bien, aunque han existido opiniones doctrinales muy diversas acerca de la forma de interpretar esta norma, es criterio prácticamente unánime hoy que, pese a lo que parecería desprenderse más claramente del texto del precepto, el principio fundamental en esta materia es el de libertad de forma y que, por ello, la falta de la forma no es obstáculo para que pueda exigirse el cumplimiento del contrato de la otra parte contratante (11).

Así también lo viene entendiendo desde hace mucho tiempo nuestra jurisprudencia, reiteradamente. Por citar alguna, la STS de 17 de julio de 2000 establece que la inobservancia del requisito de forma exigido en el art. 1280 no modifica la validez del contrato entre los que lo convinieron cumpliendo las exigencia del art. 1278, a los cuales lo único que les cabe es, como previene el art. 1279, compelerse a elevar el contrato a escritura pública por razones de utilidad, en cuanto a prueba, a ejecución de su contenido, a acceso al Registro de la Propiedad y demás que aquella forma pueda propiciar.

Pero hay otra cuestión que es previa a la anterior y plantea dudas, el ámbito de la norma, es decir, en qué casos las partes tienen derecho a compelerse a llenar la forma de que se trate. El precepto se refiere a los casos en que *"la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las*

(11) Sólo Mucius Scaevola defendió la tesis de la doble acción, en los momentos iniciales a la aprobación del Código Civil.

obligaciones propias de un contrato". María José Santos Morón (12) dice que la norma pone de manifiesto una patente falta de coordinación entre los preceptos que regulan la forma del contrato y los de la prueba de las obligaciones, porque el art. 1279 parece estar pensado para un sistema en que se exija una determinada forma para que pueda probarse en juicio la existencia de la obligación; y, en la medida en que esto, al final, no fue así, el supuesto de hecho de la norma deviene inexistente; aunque concluye que no por ello el art. 1279 deja de ser aplicable a los supuestos del art. 1280, porque, aunque la forma requerida en este artículo no sea precisa para *"hacer efectivas"* judicialmente las obligaciones dimanantes de los contratos que enumera, el art. 1279 permite a las partes compelerse al otorgamiento de la forma correspondiente a los efectos que sean pertinentes y el ejercicio de dicha acción es útil fundamentalmente en los supuestos previstos en los números 1.º y 2.º del art. 1280, en relación con los cuales es claro que la forma pública tiene como fin permitir el acceso del contrato al Registro y la consiguiente eficacia frente a terceros de los derechos resultantes, y también lo considera aplicable a todos aquellos casos en que la forma no es presupuesto de validez del contrato pero es indispensable para que provoque ciertos efectos y cita, además de los supuestos mencionados del art. 1280, los contratos de hipoteca y enfiteusis, que cree que no están sujetos a forma solemne, así como el contrato de sociedad civil con aportación de inmuebles, el contrato de prenda y el contrato de cesión de crédito.

En general, suele entenderse que el ámbito de aplicación de este precepto se encuentra en aquellos contratos para los que la ley exige la forma pública, pero sin imponer la solemnidad, así como aquellos en que la escritura pública es precisa para dar eficacia al derecho adquirido frente a terceros y casi siempre se concluye que se trata, fundamentalmente, de contratos sobre bienes inmuebles.

Ahora bien, lo que aquí se defiende es que en el ámbito de este precepto hoy quedan incluidos todos los contratos, es decir, que respecto de cualquier contrato puede una de las partes exigir a la otra su formalización en escritura pública, porque es una exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica; en realidad, en

(12) En *La forma de los contratos en el Código Civil*, 1996, pp. 76 y ss.

cualquier contrato la forma pública es un elemento que facilita su efectividad, por sus efectos probatorios, ejecutivos, su vía de acceso a los Registros públicos y su eficacia respecto de terceros.

La propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de enero de 2009, contiene la siguiente regla sobre la forma de los contratos:

Artículo 1240

Habrán de constar para su validez en documento público los contratos para los que la ley así lo disponga expresamente.

En los demás casos, podrán los contratantes compelerse recíprocamente a llenar la forma de documento público u otra especial en cualquiera de los siguientes supuestos:

1.º Cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos y, en especial, cuando se trate de contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.º Que esté así estipulado en el contrato.

También las partes podrán compelerse recíprocamente a que conste por escrito, aunque sea privado, el contrato celebrado cuando la cuantía de cualquiera de las prestaciones exceda de la cantidad mínima de diez mil euros.

Serán de cargo de quien la exige los gastos de forma, salvo los casos en que el contrato o la ley establezca otra cosa.

Esta norma sigue resistiéndose a reconocer el principio general del derecho a la forma pública e incurre en defectos similares a los del Código vigente: a *sensu contrario*, parece que no habría derecho a exigir la forma pública fuera de los casos que expresamente menciona; y la delimitación de éstos es imprecisa: *"cuando la ley exija tal forma para que el contrato celebrado alcance determinados efectos"*. En realidad, como venimos defendiendo, el derecho a la forma pública, con carácter general, para todos los contratos, está ínsito en el principio constitucional de seguridad jurídica. De todos modos, si consideramos que la forma pública siempre consigue que el contrato alcance determinados efectos que en forma privada no tendría, puede entenderse que está implícitamente reconocido que siempre será posible instar la formalización pública.

Similares defectos pueden apreciarse en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la comisión de mercantil de la Comisión General de Codificación, que, en materia de forma contractual, dispone sólo lo siguiente:

Artículo 413-8. Formalización por escrito

1. Cuando la ley exija o prevea la celebración del contrato por escrito, cualquiera de los contratantes podrá exigir, en el momento de la celebración del contrato o con posterioridad, que el contrato y sus modificaciones o adiciones consten por escrito, firmado por todos ellos, y que se le entregue un ejemplar.

2. Sin perjuicio de otras consecuencias derivadas del incumplimiento de ese requerimiento, recaerá sobre el contratante o los contratantes que no accedan a la formalización del contrato por escrito la carga de probar que su contenido difiere de lo dispuesto en la regulación legal del contrato.

3. Cuando el contrato se hubiera formalizado por escrito, se estará a su contenido para dilucidar las cuestiones que se planteen sobre su ejecución o cumplimiento, sin admitir mas excepciones que las de falsedad o error material en su redacción.

En este caso, incluso el derecho a exigir, ya no escritura pública, sino sencillamente que el contrato se celebre por escrito, queda limitado a los casos en que la *"la ley exija o prevea la celebración del contrato por escrito".*

El espiritualismo se deja notar de un modo excesivo en el planteamiento de legislador, que olvida el *derecho al documento*, manifestación directa del derecho a la seguridad jurídica.

EL DOCUMENTO FEHACIENTE DE LIQUIDACIÓN

Ubaldo Nieto Carol
Notario
Doctor en Derecho y en CC.EE. y Empresariales

Resumen: El "documento fehaciente de liquidación" es un instrumento público peculiar que une a la función típicamente fedataria de los notarios, otra de tipo pericial y técnico. Pero su trascendencia es enorme habida cuenta que determina en las ejecuciones judiciales y en las ventas extrajudiciales que traen causa en escrituras públicas o en pólizas intervenidas por Notario, la cantidad exigible al deudor.

Aquí se estudia el problema de la liquidez como requisito necesario para la ejecución y la evolución legislativa de la regulación del "pacto liquidatorio", su constitucionalidad incluso si dicho pacto puede considerarse abusivo. Luego se analizan los supuestos en los que se exige el documento fehaciente de liquidación, su forma y contenido, así como el alcance y naturaleza de la actuación notarial.

Palabras clave: documento fehaciente de liquidación, pacto liquidatorio.

Abstract: The "document of attestation of settlement (*documento fehaciente de liquidación*)" is a peculiar public document that combines the typical function of a notary with the technical function of an expert witness. Its significance is huge given the fact that, in court enforcements and out-of-court sales arising from public deeds or policies authorised by a notary, it determines the amount required of the debtor.

This paper studies the problem of liquidity as a prerequisite for the enforcement and legislative development of the "settlement pact (*pacto liquidatorio*)" regulation and its constitutionality, even when the pact is considered abusive. It also analyses the cases in which the document of attestation of settlement is required, its form and content and the scope and nature of the notarial procedure.

Keywords: document of attestation of settlement (*documento fehaciente de liquidación*), settlement pact (*pacto liquidatorio*).

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. EL PROBLEMA DE LA LIQUIDEZ DE LAS DEUDAS

II. SOLUCIÓN LEGAL AL PROBLEMA DE LA LIQUIDEZ EN DETERMINADOS CONTRATOS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

III. CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO LIQUIDATORIO

IV. EL PACTO LIQUIDATORIO COMO CLÁUSULA ABUSIVA

V. SUPUESTOS EN LOS QUE SE EXIGE DOCUMENTO FEHACIENTE DE LIQUIDACIÓN
- V.1. Ejecución dineraria
- V.2. Ejecución de bienes hipotecados o pignorados
- V.3. Venta extrajudicial notarial de bien inmueble hipotecado
- V.4. Venta extrajudicial notarial de bien mueble hipotecado o pignorado sin desplazamiento

VI. EL DOCUMENTO FEHACIENTE DE LIQUIDACIÓN
- VI.1. Alcance y naturaleza de la actuación notarial
- VI.2. Forma del *documento fehaciente de liquidación*
- VI.3. Contenido del *documento fehaciente de liquidación*
  - 1.º Requerimiento
  - 2.º Documentación a aportar
  - 3.º Comprobaciones a realizar por el Notario
  - 4.º Menciones obligatorias en el documento fehaciente
- VI.4. Notario competente

Abreviaturas más utilizadas

A.C.: Revista Actualidad Civil. Actualidad Editorial
A.P.: Audiencia Provincial
A.T.: Audiencia Territorial
Ar.: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
Art.: Artículo
CC: Código Civil
CCom: Código de Comercio
CE: Constitución Española de 26 de diciembre de 1978
CEE : Comunidad Económica Europea
Circ.: Circular
LEC-1881: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y sus posteriores modificaciones (hoy derogada)

LEC:	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil
LGDCU:	Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy derogada)
LHMPSD:	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión
OM:	Orden Ministerial
R.D.B.B.:	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
R.G.D.:	Revista General de Derecho
RD:	Real Decreto
RD Leg.:	Real Decreto Legislativo
Rev.:	Revistaz
Sent.:	Sentencia
T.C.:	Tribunal Constitucional
TRLDGCU:	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
T.S.:	Tribunal Supremo

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. EL PROBLEMA DE LA LIQUIDEZ DE LAS DEUDAS

De acuerdo con el art. 571 LEC procederá la ejecución forzosa cuando haya un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida. Continúa el art. 572.1 diciendo: "Para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En caso de disconformidad entre distintas expresiones de cantidad, prevalecerá la que conste con letras. No será preciso, sin embargo, al efecto de despachar ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine".

En principio, debe entenderse que es líquida una obligación cuando su contenido consiste en el pago de una cantidad cierta y determinada, expresada en dinero. Sin embargo, la legislación procesal admite también el carácter ejecutivo de las deudas que sin ser en principio líquidas, sean liquidables (1). De ahí que se considere una

(1) DURAN BRUJAS, M.: "Notas sobre la modificación del art. 1435 LEC

deuda dineraria como líquida cuando se disponga de un guarismo o cifra concreta o de los datos fijos necesarios para su obtención (2).

Para resolver el problema de la liquidez en determinados contratos mercantiles en los que la cuantía de la obligación no puede ser determinada *a priori* ya que aquélla depende de actos de ejecución posteriores al contrato, el ordenamiento jurídico ofrece diversas soluciones para completar el título ejecutivo con algún otro documento en el que consten los actos de desarrollo del contrato y que permitan determinar la cuantía de la deuda a reclamar. Aquí se enmarca el especial método liquidatorio del art. 572.2 y 573.1.2.º LEC y el requisito del *documento fehaciente de liquidación*, preceptos a los que se remite el art. 685 LEC referente a la demanda ejecutiva y documentos que han de acompañarse a la misma en la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, procedimiento (regulado en el Cap. V del Tít. IV del Libro III LEC) que es el que ha servido de inspiración al art. 129 LH. Preceptos que van a ser objeto de estudio en este trabajo.

II. SOLUCIÓN LEGAL AL PROBLEMA DE LA LIQUIDEZ EN DETERMINADOS CONTRATOS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Como ya he dicho, para despachar la ejecución se requiere que la cantidad exigida sea líquida. Este requisito chocaba con la propia naturaleza de contratos como el de apertura de crédito (3), líneas de descuento, pólizas de afianzamiento... en los que al fijarse una cifra máxima de disponibilidad se requiere un acto posterior que determine la cantidad exigible. Para salvar este obstáculo, los Bancos solían incorporar a sus formularios una cláusula por cuya virtud la liquidación del crédito practicada por la entidad bancaria haría fe en juicio y a ella se sometería desde luego el deudor, considerándose

por la Ley 34/1984, de 6 de agosto". VII Seminario de Fe Pública Mercantil, 1984; p. 111.

(2) En este sentido BAYO DELGADO, J.: "Liquidez, vencimiento, ejecución y art. 1435 LEC". Comunicación al Curso "Contratos de adhesión y Derecho de los Consumidores". Consejo General del Poder Judicial, marzo 1992; pp. 1 y 2.

(3) Luego veremos que esta iliquidez puede también predicarse de los préstamos, aunque por razones distintas.

líquida, a los efectos de la LEC, la cantidad que resultase (4). Este uso bancario fue recogido por el art. 103 del Reglamento del Banco de España de 1948 (5), aprobado por Orden de 23 de marzo de 1948.

Quedó sancionada la licitud de esta práctica respecto a las entidades de crédito por la OM de 21 de abril de 1950 al disponer que en las *pólizas de crédito intervenidas* por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio otorgadas por Bancos, Cajas de Ahorro o Sociedades de crédito, podía convenirse que la determinación del saldo del crédito al día de su vencimiento, realizada por la entidad acreedora, *haría fe en juicio*, considerándose líquida la cantidad certificada por el Banco en tal concepto, siempre que dicha certificación hubiera sido también intervenida por fedatario público mercantil, quien haría constar en la diligencia que extendía la coincidencia del saldo certificado por la entidad acreedora con el que resulte de la cuenta corriente abierta al deudor en los libros de contabilidad de la misma.

Con este sistema la determinación de la cantidad líquida quedaba completamente en manos de la entidad acreedora, dejando que la actividad del fedatario mercantil, al constatar la coincidencia entre el saldo certificado y el saldo de la cuenta, fuese una mera cuestión de hecho que se ofrecía a la evidencia del mismo, a la vista de la documentación presentada por la entidad acreedora. No se exigía, por tanto, dictamen alguno del fedatario acerca de la determinación del saldo de la cuenta, sino simplemente la manifestación fehaciente de coincidencia entre el saldo expresado por la entidad financiera en su certificación y el que resulta de la cuenta que ésta tiene abierta a nombre de su cliente.

Como señalaba Martínez Pardo (6), "la OM de 1950 trató de resolver el problema de combinar póliza de crédito, liquidez de deuda y

(4) Garrigues, J.: *Contratos Bancarios*, 1975, p. 197.

(5) Según este artículo "la liquidación de un crédito practicada por el Banco a su vencimiento, o antes de éste, a voluntad de cualquiera de las partes, previo aviso, hará fe en juicio y a ella se someterá anticipadamente en la póliza el acreditado, considerándose líquida la cantidad que de la certificación librada por el establecimiento resulte, a los efectos de que con ella la póliza vencida lleve aparejada ejecución".

(6) Martínez Pardo, V. J.: "La liquidez de los créditos (art. 1435, párrafo 4.º, LEC)". LA LEY, 1989, Tomo III, p. 882.

ejecución, y de hecho lo resolvió, aunque entendemos que la Orden no aclaraba, sino que intentaba modificar la Ley". Incluso podía ser contraria a diversos preceptos del Código Civil. Así, al art. 1.256 que establece que "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes", y si, efectivamente, éstas podían pactar libremente al amparo del art. 1.255 el que la determinación del saldo del crédito al día de su vencimiento se practicase por la entidad acreedora, ya está menos claro el que pudieran pactar que *haría fe en juicio*, por afectar a normas procesales que, por ser de orden público, están excluidas de la autonomía de las partes.

Si bien es cierto que esta cantidad sólo servía de base para despachar la ejecución y que en la fase contradictoria del juicio el ejecutado podía oponer la excepción de *pluspetitio* no lo es menos que este sistema no era muy acorde con los principios de justicia y equidad ya que, como hemos visto, era el propio acreedor quien determinaba unilateralmente la cantidad exigible. En todo caso y a pesar de ser cuestionada su legalidad e incluso su constitucionalidad por algunos autores e incluso por Juzgados de 1.ª Instancia, fue aplicada sin reparos por las Audiencias (7).

También el propio Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de manifestarse indirectamente a favor de esta norma al no admitir un recurso de amparo que, entre otras pretensiones, afirmaba que la citada OM resultaba inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad del art 14 CE (8), lo que hizo mediante Auto núm. 541/1984, de 26 de septiembre.

Posteriormente, el RD 2680/1982, de 15 de octubre, equiparaba la eficacia ejecutiva de los contratos de crédito otorgados en escritura pública ante Notario con los formalizados en póliza intervenida por Agente o Corredor, extendiendo a las primeras el sistema de certificación del saldo para la determinación de la cantidad líquida

(7) Así, entre otros, los autos de las A.T. de Zaragoza de 15 de julio de 1981 y de Albacete de 17 de octubre de 1983.

(8) Auto núm. 541/1984, de 26 de septiembre, según el cual "la certificación de la entidad acreedora que aquí se discute no es una prueba que rompa el principio de igualdad de las armas en el proceso, sino una forma especial de organizar un título ejecutivo que es el supuesto de hecho de apertura de un juicio, pero no una prueba que, en cuanto tal prueba, pueda concebirse como privilegiada" (Fundamento Jurídico 2.º).

base de la ejecución. El artículo único de esta norma establecía que "si en los contratos y operaciones de crédito de cualquier clase, otorgadas mediante escritura pública por Entidades de crédito, ahorro y financiación, se hubiese pactado que la cantidad líquida exigible en caso de ejecución sea determinada en acta notarial, el Notario, a requerimiento de los representantes legales de la Entidad, la levantará determinando y fijando el saldo de la cuenta, con incorporación de la certificación de la entidad acreedora y referencia de la documentación que lo acredite".

Formalmente este Decreto no creaba títulos ejecutivos pues las escrituras públicas ya estaban recogidas en el número 1.º del art. 1.429 LEC, pero sustancialmente estaba creando un nuevo título con tratamiento diverso ya que las escrituras otorgadas por Entidades financieras, de ahorro y financiación recibían el trato favorable de una posible liquidación *ad hoc*, frente a las escrituras del número 1.º del art. 1.429 que deberían contener siempre una obligación líquida. No en vano el Consejo de Estado emitió con fecha 9 de junio de 1982 dictamen contrario a la promulgación del citado Decreto por considerarlo contrario al principio de legalidad ya que esta materia por afectar a lo regulado por la LEC debía tener rango normativo de ley formal (9).

Con este panorama legislativo no exento de controversias, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, modifica, entre otros, el art. 1.435, párrafo 4.º: "Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el núm. 6 del art. 1429 de esta Ley se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor".

(9) De acuerdo con este dictamen "no hay posibilidad en nuestro sistema jurídico actual de que mediante disposiciones administrativas la LEC quede ni derogada ni modificada, ni siquiera aclarada a través de preceptos reglamentarios que interfieran en la regulación procesal civil establecida".

Varias fueron las novedades (10) que la redacción de este precepto introducía respecto a la anterior regulación:

1º Afianzó constitucionalmente la eficacia del pacto de liquidez al estar incluido en una ley postconstitucional.

2º Unificó en materia de liquidación el régimen de las pólizas intervenidas por fedatarios mercantiles y el de las escrituras notariales, suprimiendo las diferencias que existían entre la OM de 1950 y el RD 2.680/1982.

3.º Generalizó el sistema al referirse a *contratos mercantiles* frente a lo que establecía la OM de 1950 que sólo hacía referencia a las *pólizas de crédito* y el RD 2.680/1982 que se refería a *contratos y operaciones de crédito* de cualquier clase.

4.º Exigió que la liquidación se hiciera por la entidad acreedora constando en documento fehaciente, autorizado por fedatario público, que acreditase que la liquidación se había efectuado en la forma pactada y que el saldo coincidiese con el que aparecía en la cuenta abierta al deudor. En el régimen de la OM ese documento se limitaba a expresar el saldo y la conformidad del mismo con el que aparecía en los libros de la entidad acreedora.

Esta fue probablemente la novedad más importante. Baste ahora recordar cual fue la voluntad del legislador expresada, por una parte, en la *Exposición de Motivos de la Ley 34/1984* ("... conferir el mayor grado de plenitud al derecho de defensa conforme a los principios esenciales íntimamente enlazados, de igualdad de las partes en el proceso y de contradicción, como garantía del debate para la solución más ajustada a Derecho") y por otra, en la *motivación de la enmienda núm. 539 del Grupo Socialista* a la que se debe la redacción definitiva del párrafo 4.º del art. 1.435 LEC ("Se trata, además, de reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quede al arbitrio de la entidad acreedora con dos

(10) Véase Martínez Pardo, V. J.: ob. cit., p. 883 y ss.

mecanismos: la revisión por parte del fedatario, y la coincidencia del saldo con la contabilidad").

De aquí pasamos a la situación actual que se deriva de los dos preceptos vistos: el art. 572.2 LEC según el cual, "también podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo". Y por el art. 573.1: "En los casos a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, a la demanda ejecutiva deberán acompañarse, además del título ejecutivo y de los documentos a que se refiere el artículo 550, los siguientes:

1.º El documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución.

2.º El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo". [...]

También aquí observamos diferencias respecto al sistema vigente hasta la entrada en vigor de la LEC de 2000:

1.ª Ya no se habla de "contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida", sino de "operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado". Lo que significa que el ámbito objetivo de aplicación del pacto liquidatorio no se circunscribe a los contratos bancarios sino a todo tipo de contratos, civiles y mercantiles.

2.ª Se sustituye la expresión "se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora" por la de que "se haya

pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo".

Es decir, la cantidad exigible ya no se deriva de "certificación expedida por la entidad acreedora" sino de "liquidación efectuada por el acreedor". Sin embargo se añade por el vigente art. 572.1.1º LEC que deben acompañarse a la demanda ejecutiva "el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución". Por tanto, el documento en el que figure la determinación del saldo exigible debe ir acompañado de los movimientos contables y de los cargos de intereses.

3.ª De acuerdo con el antiguo art. 1.435 LEC-1881, modificado en 1984, "se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor". Hoy estos términos son sustituidos en el vigente art. 571.1.2.º LEC por: "El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo".

Por tanto, hoy no hace falta que en el documento fehaciente se haga constar "que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor". Entre otras cosas porque se acompaña la cuenta con los movimientos de cargo y abono y, por tanto, con el saldo final.

III. CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO LIQUIDATORIO

Como es conocido, fueron abundantes las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el art. 1.435 LEC 1881 (11). Y esto

(11) Así, las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1219/1988; 682, 701, 2382, 2407, 2436, 2437, 2438, 2842/1990; 1078, 1320, 1472, 1519, 1532, 1623, 1885, 1886, 1901 y 1903/1991 planteadas por la A.P. de Cuenca, el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Valls (Tarragona),

es importante tenerlo en cuenta porque los preceptos hoy vigentes de la LEC y de la LH son herederos de aquél.

Se consideraba que el mismo podría vulnerar los principios constitucionales de igualdad (art. 14), de tutela judicial (art. 24,1), el derecho a la defensa (art. 24,2) y el principio de protección de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios (art. 51,1).

Todas estas cuestiones fueron resueltas por la Sent. del T.C. 14/1992, de 10 de febrero (BOE de 3 de marzo de 1992; rectificación de errores BOE de 10 de abril del mismo año). Con posterioridad el T.C. ha reiterado los mismos argumentos en las Sents. T.C. 26/1992, de 5 de marzo (BOE de 17 de marzo de 1992) y 47/1992, de 2 de abril (LA LEY, 13 de julio de 1992, pág. 7) y 141/1995, de 3 de octubre.

En todo caso estas sentencias si bien dejaban clara la constitucionalidad del precepto cuestionado no resolvieron algunas dudas que planteaba su aplicación, pudiendo contribuir incluso a dificultar su comprensión (12) en aspectos tales como el contenido del documento fehaciente que según esta resolución "ha de proporcionar los elementos de hecho y de cálculo imprescindibles al efecto".

Veamos los argumentos planteados por los órganos proponentes de las cuestiones de inconstitucionalidad y los esgrimidos por el Alto Tribunal para declarar la constitucionalidad del precepto.

---

la A.P. (Sección segunda) de Madrid, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de Madrid y los Juzgados núms. 8 y 10 de Sevilla.

(12) A este respecto considera S. Ortiz Navacerrada (*Título ejecutivo y liquidez de las pólizas de crédito a efectos del despacho de ejecución*. Edit. COMARES, 1992; p. 286) "que el juicio positivo de constitucionalidad del art. 1435,4 LEC se fundamenta en consideraciones en gran parte correctas pero que en alguna medida comportan ciertos defectos:

Insuficiencia: por prescindir de aspectos relevantes del problema, como sería el análisis comparativo del caso con otros supuestos legales de titulación ejecutiva; [...].

Incorrección: por partir en algunos casos de postulados erróneos, como son una deficiente inteligencia de lo que en general significa la inversión del contradictorio, que abarca no sólo las alegaciones sino también a la prueba; [...]

Inconveniencia: por el peligro que encierra la indefinición en que quedan algunas cuestiones importantes, como sería la relativa al contenido y soporte justificativo que el Juez puede exigir del contenido del documento fehaciente; [...]".

1. Principio de igualdad (art. 14 CE)

Todos los órganos proponentes de las cuestiones de inconstitucionalidad consideraban que el precepto de referencia habría introducido un tratamiento discriminatorio en favor de las entidades de crédito, que son los únicos acreedores que podían gozar de la facultad de acudir a este especial procedimiento de hacer líquida la deuda a efectos del despacho de ejecución. Se descartaba que esta desigualdad pudiera venir justificada por el interés de proteger la agilidad del tráfico mercantil que atañe a todos los implicados en las relaciones jurídico-mercantiles y no sólo a tales entidades; por la seriedad que caracteriza a este sector empresarial o por estar basado el procedimiento de liquidación en un convenio entre las partes, ya que en realidad los contratos bancarios son contratos de adhesión.

El T.C por su parte consideró que la diferencia de trato legislativo se encontraba objetivamente justificada. Reconoce que las características singulares de la actividad económica de las entidades de crédito y la imperiosa necesidad de que estas entidades mantengan la confianza del público y una solvencia acreditada, que es esencial en la intermediación financiera, hace que los incumplimientos de sus deudores típicos tengan mucha mayor importancia que para otro tipo de empresas, y justifica "que el legislador establezca en favor de las primeras un régimen procesal especial que facilite la realización de sus créditos".

Que el procedimiento de liquidación del art. 1435 LEC no facilitase la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de los que fueran titulares las entidades de crédito confirmaba que no estábamos ante un supuesto de trato jurídico especial que atendía sólo a rasgos subjetivos del acreedor, sino que dicho trato era debido a las peculiares exigencias de las actividades de intermediación financiera que constituyen el objeto primordial de las entidades de crédito en nuestro Derecho.

Estas evidentes diferencias entre las entidades de crédito y todos los restantes acreedores, que se manifiestan en el sometimiento de aquéllas a una normativa muy específica, "ofrecen una justificación suficiente, objetiva y razonable, a la diferencia de trato legislativo creada por el precepto cuestionado" (Fundamento Jurídico 5.º).

Dos son pues los argumentos que emplea el T.C.: primero, la relevancia que el incumplimiento de los deudores típicos tendría para la solvencia de las entidades financieras y, por tanto sobre el

buen funcionamiento del sistema de pagos y, en definitiva, sobre la economía nacional; y segundo, la particular característica de tales entidades de ser empresarios cuya actividad profesional consiste en recibir y conceder crédito.

Respecto al primero ya señalaba Sánchez-Calero Guilarte (13) que "las entidades de crédito, protagonistas de una actividad esencial en el conjunto de la actividad económica de un país, deben contar con instrumentos procesales específicos para poder celebrar con las mayores garantías posibles, tanto para las propias entidades como para sus clientes, los distintos contratos y operaciones que configuran su actividad. Es notorio que entre los instrumentos procesales destaca la posibilidad de acceder al juicio ejecutivo, posibilidad que resulta condicionada en muchos casos por la dificultad técnica de convertir ciertos contratos bancarios en una cantidad líquida, inconveniente que debe ser superado a fin de permitir a las entidades acreedoras acudir a un procedimiento sumario que las exonere de la lentitud de los procesos ordinarios". Continuaba este autor diciendo que "la eficacia y el correcto funcionamiento del sistema financiero depende del reconocimiento de un cauce procesal adecuado que permita la canalización de las reclamaciones contra los clientes que incumplen, cauce procesal que, sin perjuicio de su carácter singular o general, lo cierto es que ha de atender las particularidades de las operaciones y contratos bancarios". De aquí que este autor no considerase que el art. 1435 LEC vulnerara el principio constitucional de igualdad.

Sin embargo, posiblemente este argumento no justificase por sí sólo el peculiar sistema de liquidación que establece el precepto cuestionado. Como señalaba Díaz Moreno (14), "la solvencia y solidez de las entidades financieras viene asegurada –o, al menos, perseguida– por otro tipo de normas, como son las relativas a coeficientes obligatorios, concentración de riesgos y, en general, las que disciplinan la actividad de estas entidades y prevén las facultades de inspección y sanción de las autoridades monetarias".

(13) Sánchez-Calero Guilarte , J.: "El art. 1435 LEC y el principio constitucional de la igualdad". R.D.B.B. núm. 43, 1991; p. 819.

(14) Díaz Moreno, A.: "La constitucionalidad del penúltimo párrafo del art. 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". LA LEY, 14 de julio de 1992, p. 6.

Tenía así un mayor peso específico el segundo argumento esgrimido por el T.C. La especialidad de la norma del art. 1.435,4 LEC radicaría en la caracterización de las entidades de crédito como profesionales cuya actividad consiste en conceder crédito. Precisamente por esta actividad que les aboca a asumir la posición de acreedores por operaciones crediticias deben ser tratados por el Ordenamiento de manera adecuada a las peculiaridades de dicha actividad. Por tanto, no estamos ante una especialidad normativa aplicable sin más a las entidades de crédito, sino relativa a los contratos mercantiles que estas conciertan, esto es, en cuanto a su actividad típica, no en el resto de las relaciones jurídicas en las que puedan intervenir. Así, si la agilidad y seguridad en el desarrollo de la función crediticia de manera típica y habitual son considerados deseables, parece que debe convenirse "que el párrafo cuarto del art 1435 LEC no introduce ninguna discriminación injustificada o arbitraria" (15).

Observemos que en la actualidad este especial procedimiento de liquidación, tanto en la LEC como en la LH, se extiende a todo acreedor, sea o no, entidad de crédito. Hoy art. 572.2 LEC establece: "También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo". Por tanto, habla de todo tipo de "contratos". Tampoco en el vigente art. 129.2.c) LH se distingue en función de quien sea el acreedor.

(15) Díaz Moreno, A.: Ob. cit., p. 6. En sentido análogo se manifiesta Ortiz Navacerrada, S. (ob. cit., p. 170): "El tráfico jurídico, por su propia naturaleza, reclama un tratamiento ágil, inconciliable con mecanismos de eficacia procesal retardatorios. No sólo el interés de las Entidades crediticias reclama medios de exacción rápidos y eficaces frente a deudores morosos, hasta el punto que, de no tenerlos, restringirían el crédito, con daño del interés general, o acudirían a sistemas de concesión distintos del menos complejo y más barato de la apertura de crédito en cuenta corriente. Es que el interés de todos, incluido el de los propios acreditados, converge en la necesidad de evitar que el crédito [...] quede estancado en pleitos interminables suprimiendo o reduciendo la movilidad que le es definitoria".

2. Derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa (arts. 24,1 y 24,2 CE)

De acuerdo con los órganos judiciales proponentes de las cuestiones de inconstitucionalidad, el penúltimo párrafo del art. 1435 LEC podría vulnerar el derecho a la defensa reconocido en el art. 24 CE. Parten de la idea de que la limitación de las posibilidades de defensa inherentes al juicio ejecutivo deriva, cuando se aplica dicho precepto, en una verdadera imposibilidad de defenderse. Y ello porque se obligaba al ejecutado a probar hechos negativos (16) o a atacar el saldo certificado por la entidad ejecutante sin conocer siquiera las partidas que integran la cuenta o las fechas del cálculo de intereses. Se alteraría así el derecho a justificar procesalmente las posiciones de las partes e introduciría restricciones no justificadas en sus posibilidades reales de defensa.

También consideraban estos órganos judiciales que quedaban vulnerados los derechos a no sufrir indefensión y a un proceso con todas las garantías (arts. 24,1 y 24,2 CE). Entendían que se producía para el ejecutado una reducción de sus garantías procesales como consecuencia de dos medidas judiciales propias del juicio ejecutivo: el embargo de los bienes del deudor, que se decreta *inaudita parte debitoris* sobre la base de la certificación expedida por la entidad acreedora, y la posibilidad de que la sentencia de remate abra paso a una ejecución para hacer frente a la deuda declarada unilateralmente por el Banco, sin posibilidades efectivas de alegación y defensa por parte del deudor y habiéndose producido la inversión del contradictorio.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas el Alto Tribunal alega que el llamado pacto de liquidez que se contempla en el art. 1435 LEC no determina en modo alguno las desmesuradas consecuencias probatorias que dan por supuesto los órganos judiciales que cuestionan su constitucionalidad. “Que la cantidad reclamada sea líquida para poder despachar la ejecución no significa que presuma

(16) Que en ocasiones haya que probar hechos negativos no comporta indefensión pues tal como señala la Sent. T.S. de 23 de septiembre de 1986 (Rev. A.C. núm. 1038/1986) “es doctrina jurisprudencial reiterada y constante que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por hechos o circunstancias positivos”.

que sea cierta o verdadera" (17). No hay nada en el precepto legal cuestionado que excepcione la aplicación de las reglas sobre prueba de las obligaciones, incluidas las que reparten la carga de la prueba a partir del art. 1214 CC. o las que especifican el valor y fuerza probatorias que despliegan los documentos privados, tanto en general (art. 1218 CC.) como en relación con los libros y documentos contables de los empresarios (art. 31 CCom) (Fundamento Jurídico 2.º).

El párrafo 4.º del art. 1435 LEC no restringe la potestad judicial para recibir el pleito a prueba. Si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud la cuantía de la suma reclamada o incluso la existencia o la exigibilidad de la deuda, ni el art. 1435 ni ningún otro precepto de la LEC obligan al juzgador a dar por probada la deuda reclamada por la entidad acreedora. "En consecuencia, la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que contraríe el art. 14 CE, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias, ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que si ocurriera sería sin duda contrario a los apartados 1 y 2 del art. 24 CE" (Fundamento Jurídico 3.º).

En cuanto a la vulneración de los derechos a no sufrir indefensión (art. 24,1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24,2) dice el T.C. que "el art. 1435 no solamente no impide al juez ese control inicial, ni lo relega a un examen impracticable o imposible, sino que le ofrece la posibilidad de contar con el imprescindible *auxilio técnico*; pues, debido a una enmienda parlamentaria dirigida precisamente a "reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quede al solo arbitrio de la entidad acreedora" (18), la certificación de lo adeudado que esta

(17) De acuerdo con el Fundamento Jurídico 2.º del Auto núm. 541/1984, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional la certificación de la entidad acreedora "no es una prueba que rompa el principio de igualdad de las armas en el proceso, sino una forma especial de organizar un título ejecutivo que es el supuesto de hecho de apertura de un juicio, pero no una prueba que, en cuanto tal prueba, puede concebirse como privilegiada".

(18) No podemos olvidar que dicha liquidación no se realizaba arbitrariamente por la entidad sino que debe ser consecuencia de la aplicación de una normativa muy específica como era la contenida en la Circ. 8/1990

última expide debe constar en un documento fehaciente. Y en todo caso deben quedar acreditados ante el juez dos extremos de innegable importancia: que la liquidación haya sido practicada en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor" (Fundamento Jurídico 8.º).

El abanico de excepciones y motivos de nulidad que ofrecía y ofrece la LEC al demandado era y es lo suficientemente amplio como para que éste se encuentre muy lejos de verse impedido de ejercer medios legales suficientes para su defensa, siendo superior, por lo demás, al permitido en el proceso de ejecución hipotecaria del art. 131 LH entonces vigente, en el que se encuadraba su art. 153 (19),

---

del Banco de España (hoy derogada y sustituida por la Circ 5/2012) que establecía de forma minuciosa cómo debían liquidar las entidades todas sus operaciones y, además, cual había de ser la forma de los documentos de liquidación que se le remitirán al cliente y que podría presentarlos en su caso en la fase probatoria. Además, la liquidación realizada por la entidad pasaba por el control del fedatario interviniente que no se contraía a la documentación que le ofrecía el acreedor sino que exigía cuanta documentación considerase necesaria y oportuna para poder emitir su juicio en cuanto a que la liquidación había sido realizada de acuerdo con lo pactado por las partes en el título ejecutivo. Cabría así hablar de *autoliquidación controlada* como hace la Sent. A.T. de Oviedo de 14 de abril de 1987 y añade que este sistema "que sirve a las entidades bancarias para ejecutar sus títulos, tiene su razón de ser en el control que de la forma de llevarse a cabo la liquidación hace el Corredor".

(19) En todo caso, como recordaba Ortiz Navacerrada (ob. cit., p. 168) el mecanismo liquidatorio del art. 1435 LEC y el establecido en el art. 153 de la Ley Hipotecaria no pueden ser comparados pues existen dos sustanciales diferencias: a) Al existir una hipoteca previa, sinónima en puridad de un embargo convencional anticipado y, con ella, adscripción de un bien determinado a la futura posible ejecución en términos indestructibles, la dilación liquidatoria no entraña riesgo alguno para el acreedor, como sí lo habría si se condiciona el despacho de ejecución y subsiguiente embargo a un incidente previo con audiencia de las partes; b) El procedimiento de ejecución de los arts 129 y ss. L.H., a que aboca el crédito con garantía hipotecaria –sin embargo ni tasación de bienes, con apremio directo y sin otras posibilidades de suspensión que las extremas del art. 132– no es comparable al juicio ejecutivo a que accede ese mismo crédito cuando está desprovisto de tal garantía: aquí inmediatamente después del embargo, se permite una incidencia declarativa de nada corta dimensión a la vista, sobre todo, del motivo de nulidad 1.º del art. 1467 LEC.

y cuya constitucionalidad vino manteniendo el T.C. desde la Sent. 41/1981, de 18 de diciembre (Fundamento Jurídico 9.º).

Respecto al embargo preventivo, considera el T.C. que no es en sí mismo más que una medida cautelar, cuya adopción no requiere plena certeza del derecho así protegido ni audiencia de que lo sufre. Es más, la audiencia previa del afectado podría perjudicar la finalidad de esta medida cautelar, lo cual podría terminar por menoscabar el derecho a la tutela efectiva –que también es predicable de los acreedores–, pues la tutela judicial no es tal sin la adopción de medidas cautelares que aseguren la efectividad de la resolución definitiva que pudiera recaer. Además existen dos garantías: el embargo se ordena sobre la base de una apariencia de derecho acreditada documentalmente en un título ejecutivo que hace fe de la exitencia de una relación jurídica y de sus caracteres esenciales (20).

El último problema que, desde la perspectiva del art. 24 CE, suscitaban los órganos judiciales se refiere a la posibilidad de que el cliente de la entidad de crédito sea emplazado por edictos, lo que conducirá normalmente a que no comparezca. Si bien es evidente que este modo de proceder abre riesgos de indefensión para el deudor, este problema tiene una alcance más general y es, en rigor, ajeno al precepto que es objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad (Fundamento Jurídico 10.º).

3. Protección de los intereses económicos de consumidores y usuarios (art. 51,1 CE)

Por último, y en lo que respecta a la presunta vulneración del art. 51,1 CE que obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, el T.C. recuerda que este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Sólo un entendimiento desviado de la nueva redacción del art. 1435 LEC –que con toda evidencia ha aumentado las garantías del deudor respecto de las que tenía en la situación anterior– podría llegar a considerarlo contradictorio con las normas

(20) La propia LEC-1881 (arts. 1400 y 1401) permitía en otros casos que se proceda al embargo cuando se aportasen documentos de los que resulte la existencia de la deuda.

establecidas por la LGDCU: así, por ejemplo, si se entendiera que el pacto de liquidez que aquél precepto prevé conllevara una inversión de la carga de la prueba explícitamente prohibida por el art. 10,1, núm. 8 LGDCU. Pero, como ya hemos dicho, esta interpretación del párrafo 4.º del art. 1435 LEC se apartaba del recto sentido de la disposición, que se limitaba a estimar como líquida la cantidad que figurase en el saldo bancario a los solos efectos de permitir el acceso al juicio ejecutivo, pero no a estimar veraz, y ni siquiera probada, la cantidad determinada unilateralmente por la entidad de crédito. Asimismo, resultaba claro también que el pacto que autorizaba el art. 1435 LEC-1881 y hoy el art. 572.2 LEC puede ser plasmado de distintas formas, todas las cuales deberán cumplir los requisitos de claridad, documentación y buena fe que explicitan los diversos preceptos de la LGDCU.

Resulta, pues, meridiano, concluye el T.C., que "ni el párrafo 4.º del art. 1435 LEC *per se*, considerando aisladamente el precepto que enuncia su primer inciso, ni tampoco en cuanto se integra en la estructura peculiar del juicio ejecutivo, contradice en modo alguno las determinaciones dictadas por el legislador para la protección, entre otros, de los usuarios de los servicios bancarios, ni niega o coarta las facultades judiciales para guardar y hacer guardar tales determinaciones" (Fundamento Jurídico 12.º, *in fine*).

IV. EL PACTO LIQUIDATORIO COMO CLÁUSULA ABUSIVA

Como ya hemos señalado, este tipo de pacto liquidatorio puede incluirse en todo tipo de contratos. Pero sólo podría analizarse si tiene o no carácter abusivo en aquellos contratos en los que concurra, de una parte, un empresario (se considera tal "a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada" –art. 4 TRLGDCU–) y, de otra, un consumidor o usuario ("personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión" –art. 3 TRLGDCU–). Y, además, la estipulación no esté negociada individualmente y que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato –art. 82 TRLGDCU–).

En estos casos, la cláusula que incluye el pacto de liquidación unilateral de la deuda por parte del acreedor ha sido declarada válida y eficaz por el Tribunal Supremo.

Así la sentencia del 16 de diciembre de 2009 (Roj: STS 8466/2009) referente a una acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios interpuesta por la OCU establece: "el denominado «pacto de liquidez» –o «de liquidación»– es válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma –sentencias de 30 de abril y 2 noviembre de 2002, 7 de mayo 2003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2005; artículos 520.1, 550.1.4º, 572.2 y 573.1.3.º LEC–. Esta es la finalidad del pacto –despacho de ejecución– y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba. La previsión legal es clara y excusa de cualquier otra información contractual al respecto, y así lo han venido entendiendo los Tribunales, por lo que no se infringen los artículos 2.1,d) (21) y 10.1.a) (22) de la LGDCU, ni su disp. adic. 1.ª, apartado 14.ª (23) (hoy sustituidos por los correspondientes del TRLGDCU)".

También se ha llegado a plantear si la cláusula contractual que de acuerdo con lo establecido en el art. 129,2 LH, permite al acreedor acudir a la venta extrajudicial es abusiva. Y dentro de esta venta, se

(21) "Art. 2.1 Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute".

(22) "Artículo décimo.

1. Las cláusulas condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual".

(23) "14.ª La imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor".

exige la existencia del pacto liquidatorio y el documento fehaciente de liquidación.

La STS 483/2016, de 14 de julio (Roj: STS 3412/2016)(24) reconoce que el art. 129 LH, al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual dota de facultades al consumidor para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución", cosa que no ocurría hasta las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo y Ley 19/2015, de 13 de julio. Pero tampoco en el procedimiento de ejecución judicial antes de la Ley 1/2013 (25).

A favor del carácter abusivo de esta cláusula se argumentó en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que se trataba de una condición general, predispuesta por el banco en un contrato con un consumidor, de carácter abusivo. Que la cláusula conllevaba

(24) Al comentar esta sentencia A. Carrasco Perera ("Sobre el control de abusividad de la cláusula de ejecución notarial de la hipoteca", CESCO, http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/09/Sobre-el-control-de-abusividad-de-la-clausula-de-ejecucion-notarial-de-la-hipoteca.pdf, 15 de septiembre de 2016 plantea: "¿Por qué no se confía en el notario para que realice un control prima facie de abusividad de cláusulas? La propuesta no es ya inusual, porque la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha introducido expedientes de jurisdicción notarial en los que al fedatario se le reconocen competencias de resolución ponderativa prima facie de controversias. Por ejemplo, en la nueva versión del procedimiento divisorio hereditario del art. 1057 CC". A este respecto hay que señalar que como bien dice el Prof. Carrasco sería *prima facie*, porque esa consideración es responsabilidad exclusiva de los Tribunales de Justicia.

(25) Recuérdese la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Aziz) que concluía que "la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final".

una renuncia del consumidor a determinados derechos y beneficios que son de *ius cogens* . Entre otras cosas, la ejecución extrajudicial realizada por el notario no permite que pueda acordarse de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas; no permite que pueda ser alegada la abusividad de alguna cláusula con efecto suspensivo de la ejecución, ni los motivos de oposición previstos en los arts. 695 y 696 LEC; ni tampoco que pueda interesarse por el prestatario el beneficio de justicia gratuita para nombrar un abogado que le asista.

Apela a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en interpretación de la Directiva 93/13 y entiende que en la medida en que el cauce procesal regulado para la ejecución extrajudicial prevista en el art. 129 LH, merme o dificulte al prestatario hacer efectivo el ejercicio de los derechos que la Unión Europea confiere a los consumidores, el juez comunitario está habilitado para no aplicar la normativa procesal nacional.

Por el contenido de la cláusula, que no afecta a un elemento esencial del contrato, concluye que procede directamente el control de contenido y no el de transparencia. La sentencia entiende que la cláusula objeto de enjuiciamiento provoca un desequilibrio entre las partes, pues el predisponente obliga al adherente consumidor a acudir a un procedimiento legal que supone una merma de sus derechos y le ocasiona un perjuicio injustificado. Y justifica este desequilibrio con las siguientes razones: i) la venta extrajudicial prevista en el art. 129 LH , en su regulación anterior a la Ley 1/2013, constituye un medio para eludir el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas consagrado por la doctrina del TJUE; ii) la suspensión de la venta extrajudicial requiere del previo ejercicio ante el órgano jurisdiccional de la pretensión de nulidad por abusividad de una cláusula, lo que denota una merma del derecho que consagra la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Mohamed Aziz), de ver suspendido su procedimiento en el mismo momento en el que se plantee el debate del control de contenido.

Por su parte, la Audiencia, después de considerar que el procedimiento de venta extrajudicial previsto en el art. 129 LH tiene naturaleza ejecutiva, razona que, de entre los procedimientos de ejecución, es el único que requiere de un pacto expreso para que el acreedor pueda acudir al mismo en caso de impago y es el que menos garantías de contradicción presenta para el deudor, tanto en los motivos de la oposición, como en la facultad de su suspensión

por alegaciones de posibles cláusulas abusivas. El tribunal advierte una analogía entre este caso y el que motivó la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), y por ello entiende que la cláusula es abusiva. Razona que no pasa el control de transparencia y tampoco el de contenido. Respecto del control de transparencia afirma: "no consta el menor indicio de que se advirtiese expresamente a los consumidores de que con esta estipulación 11 se permitía a la acreedora acudir al procedimiento de ejecución más expeditivo de la legislación vigente, con práctica inexistencia en la normativa entonces vigente de toda posibilidad de que el prestatario consumidor pudiere alegar en dicho procedimiento objeción o excepción alguna, tales como cláusulas abusivas e incluso error en la cuantía reclamada, de modo que la única opción que le queda es interponer un procedimiento declarativo ordinario, el cual, además, tampoco suspendía la ejecución, y, como anteriormente se ha reseñado, permitía una subasta sin un tipo mínimo (situación modificada a inicios de 2012) y tampoco le permitía rehabilitar el contrato. No consta ni se ha aportado prueba de que a los consumidores se les hiciere comprensible de alguna manera de la importancia de esta cláusula en el desarrollo del contrato, con ausencia de prueba sobre una información clara y comprensible de este procedimiento al que facultan acudir al acreedor mediante una condición general de la contratación, y que sin tal autorización no podría utilizar. Podrá especularse sobre si los consumidores pudieron asesorarse previamente y conocer los pormenores de este tipo específico de procedimiento, pero en todo caso se trata de una condición general contenida en un contrato de adhesión, que regula el procedimiento más rápido para la ejecución de un bien con garantía hipotecaria y con las notables limitaciones antedichas, todo ello sin que conste que a los consumidores antes de contratar se les advirtiese expresamente de ellas y de los muy escasos derechos que correspondían al consumidor en caso de impago en el caso de que la acreedora hiciese uso de la facultad de acudir al procedimiento. Es difícil determinar si los acreedores hubieren accedido a contratar y consentir dicha cláusula, pero lo que es evidente es que no fueron informados de las escasas garantías que este procedimiento permitía a los consumidores, y que es la ejecución más rápida posible. No consta que en el supuesto enjuiciado, por los motivos que fueren, interesase al consumidor una ejecución rápida".

En relación al control de contenido, entiende que lo esencial y decisivo para que se estime abusiva esta cláusula, es la considerable limitación de los derechos del consumidor para alegar la existencia de cláusulas abusivas u otras posibles excepciones como errores en las cantidades reclamadas o en la liquidación de intereses efectuadas, circunscritas a un procedimiento declarativo ulterior. Este procedimiento, en su redacción anterior a la Ley 1/2013, aplicable al caso, no respetaba los derechos que le correspondían al consumidor frente a eventuales cláusulas abusivas e impedía que el juez pudiera apreciar de oficio su abusividad o que el notario lo advirtiera.

No es el momento de entrar en el llamado "control de transparencia", sólo baste decir, como hace la STS que la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, en la medida en que, conforme al art. 4.2 de la Directiva, el control de contenido no puede referirse "a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

"Para el resto de las cláusulas, como la que es objeto de enjuiciamiento, respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor".

A nuestros efectos lo importante es la valoración que hace el TS respecto al si esta cláusula tiene o no el carácter de abusiva. Y para ello distingue la situación legal vigente de la anterior a las Leyes 1/2013 y 19/2015 que han modificado la redacción del art. 129 LH. Lo que hace de la siguiente forma: "Conviene advertir que el eventual carácter abusivo de la cláusula que permitía acudir al procedimiento de venta extrajudicial del art. 129 LH , dependía del contenido de la regulación de esta norma. Bajo la aplicación de la regulación originaria, no se preveía el control de las cláusulas abusivas, mientras que tras las reformas introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y sobre todo la Ley 19/2015, de 13 de julio, sí. En las ejecuciones anteriores, el juicio valorativo que el Tribunal de Jus-

ticia encomienda a los tribunales nacionales sobre, en la concreta situación enjuiciada, en qué medida sería prácticamente imposible o excesivamente difícil aplicar la protección conferida por la Directiva 93/13 [STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13, Kusionová)], debería realizarse en atención a las insuficientes posibilidades de control de la abusividad de las cláusulas que preveía en ese momento el art. 129 LH , y por ello sería negativo. Mientras que en las ejecuciones abiertas bajo el régimen actual, aunque provinieran de la misma cláusula, la valoración debería realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que ahora se prevén en el propio art. 129 LH" (Motivo TERCERO.5). Por tanto, se concluye que con la redacción vigente del art. 129 LH, la cláusula que permite al acreedor acudir a la venta extrajudicial NO es abusiva.

En cuanto a la situación anterior a las reformas vistas, el TS, respecto al caso objeto de enjuiciamiento señala que sólo se pide la nulidad de la estipulación que contiene la venta extrajudicial, "y no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor que le habría ocasionado la cláusula controvertida".

"Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces.

Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir o haya impedido impugnar y, en su caso, suspender la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean sólo la que permite la venta extrajudicial". Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación "justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer.

"Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real" (Motivo TERCERO.6).

V. SUPUESTOS EN LOS QUE SE EXIGE DOCUMENTO FEHACIENTE DE LIQUIDACIÓN

V.1. Ejecución dineraria

Como señala VEGAS TORRES (26), "mediante la ejecución dineraria se trata de aplicar, directa o indirectamente, sanciones genéricas o, dicho de otra forma menos técnica, se pretende obtener del sujeto pasivo de la ejecución –ejecutado– cantidades de dinero destinadas al sujeto activo del proceso de ejecución –ejecutante– con el fin de reparar una lesión injusta sufrida por este último". Esto implica que la deuda esté vencida, sea exigible y por cantidad determinada o líquida.

En efecto, de acuerdo con el art. 572.1 LEC, "para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En caso de disconformidad entre distintas expresiones de cantidad, prevalecerá la que conste con letras. No será preciso, sin embargo, al efecto de despachar ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine.

(26) VEGAS TORRES, J: "Capítulo Quinto. La Ejecución Dineraria" en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, (A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), Editorial Universitaria Ramón Areces, tercera edición, Madrid, 2005, p. 109.

Pero continúa el número 2 de este mismo precepto: "También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que *se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo*.

En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación".

Por su parte, el art. 573 LEC establece:

"1. En los casos a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior, a la demanda ejecutiva deberán acompañarse, además del título ejecutivo y de los documentos a que se refiere el artículo 550, los siguientes:

1.º El documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución.

2.º El *documento fehaciente* que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.

3.º El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible.

2. También podrán acompañarse a la demanda, cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono.

3. Si el acreedor tuviera duda sobre la realidad o exigibilidad de alguna partida o sobre su efectiva cuantía, podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que le resulta indubitada y reservar la reclamación del resto para el proceso declarativo que corresponda, que podrá ser simultáneo a la ejecución."

Observamos así, que cabe ejecución dineraria cuando la cantidad no esté determinada *ab inicio* pero que, a partir de los datos del

propio título ejecutivo, pueda determinarse. Para que la cantidad exigible sea líquida se requerirá la existencia en el mismo de un "pacto liquidatorio" en virtud del cual se acuerde "que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo". Pero, además, se requerirá "el *documento fehaciente* que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo".

Por último, el art. 574 LEC establece que:

"1. El ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución en los siguientes casos:

1.º Cuando la cantidad que reclama provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable.

2.º Cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés.

2. En todos los casos anteriores será de aplicación lo dispuesto en los números segundo y tercero del apartado primero del artículo anterior y en los apartados segundo y tercero de dicho artículo".

Esto significa que en los préstamos y créditos a interés variable y en los que sean en divisas, sin perjuicio de otros requisitos, también es exigible el *documento fehaciente de liquidación*.

De acuerdo con los arts. 572.1 y 573,1.2.º LEC, son tres los requisitos para que pueda ser utilizado el procedimiento especial de liquidación y determinación de la deuda al que nos estamos refiriendo:

1º. Que se trate de contratos (antes, con el art. 1435,4 LEC-1881, otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación).

2º. Que el contrato haya sido formalizado en escritura pública autorizada por Notario o en póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado (hoy por Notario).

3º. Que se haya pactado expresamente en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación

efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

1.º Contratos en general. La liquidez del contrato de préstamo

En cuanto al primero de los requisitos, ya hemos señalado la sustancial modificación que supuso el art. 1435 LEC-1881, tras su reforma en 1984, con respecto al régimen de la OM de 1950 que circunscribía la aplicación del pacto de liquidez a los contratos de crédito en los que por esencia la obligación del acreditado es ilíquida como consecuencia de su facultad de disponer de las cantidades que considere convenientes dentro del límite pactado. Es claro que con la redacción del art. 1435 LEC-1881 este pacto era válido en cualquier contrato mercantil otorgado por entidades de crédito tanto si la cantidad exigible era por esencia ilíquida como ocurre en los contratos de crédito, de descuento (27) o en los de afianzamiento (28) como a los que a priori, por su naturaleza real como es el caso del préstamo, conllevarían, en principio, una obligación líquida, aunque como veremos más adelante en la práctica esto no sea así.

Hoy el art. 572.1 habla de "operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida" por lo que ya ni se circunscribe a contratos con entidades de crédito, ni siquiera a contratos mercantiles. Es por tanto aplicable a todo contrato y cabe entre todo tipo de deudores y acreedores.

Ahora bien, no faltaron sentencias que siguiendo la inercia del régimen anterior al de la reforma del art. 1435 LEC-1881 siguieron considerando innecesario el documento fehaciente de liquidación para los préstamos. Esto llevó a no pocas discusiones doctrinales a las que no faltaron sentencias en uno u otro sentido en las que apoyarse. Así, entre otras (29) sents. contrarias a este requisito en

(27) *Vid.* Sent. T.S. de 20 de septiembre 1991. LA LEY, 29 de noviembre de 1991.

(28) *Vid.* Sent. A.P. de Burgos de 6 de noviembre de 1989. A.C. núm. 2, febrero 1990.

(29) Sents. de la A.T. de Bilbao de 19 de noviembre de 1985 (LA LEY 1986, Tomo II, pág. 827) y 28 de octubre de 1986 (LA LEY 1987, Tomo I, pág. 767), A.P. de Granada de 10 de abril de 1989 (A.C. Audiencias núm. 7, julio 1989), A.P. de La Coruña de 31 de julio de 1991, A.P. de Sevilla de 16 de septiembre de 1991, etc.

los préstamos, la de la A.P. de La Coruña de 22 de marzo de 1989 según la cual "ateniéndose a los precedentes de aquella norma [...], en los que se hace mención a las *pólizas de crédito* o a los *contratos y operaciones de crédito* exclusivamente, debe mantenerse la interpretación jurisprudencial que viene excluyendo de su ámbito las *pólizas de préstamo*. La razón de ello estriba en que, a diferencia del contrato de apertura de crédito, en el que la obligación del acreditado es por esencia ilíquida, como consecuencia de su facultad de disponer de cantidades a su conveniencia dentro del límite pactado, el préstamo de dinero, por virtud de su naturaleza real al crear en el prestatario la obligación de devolver una suma igual a la recibida del prestamista [...] estando determinado su importe desde el momento mismo de perfeccionarse el contrato, mediante la entrega del dinero efectivamente prestado, conlleva para aquél una obligación líquida". De esta forma se considera que no es necesario el documento fehaciente de liquidación en los casos en los que la cantidad líquida exigible deriva del propio título o puede llegarse a ella "con una *simple operación aritmética* y en base a los datos proporcionados por el título".

En sentido contrario, esto es, el de exigir el documento fehaciente de liquidación de saldo en los contratos de préstamo se han manifestado otras resoluciones judiciales (30). Así la A.P. de Pontevedra en Auto de 22 de octubre de 1991 señala: "Tal distinción [entre pólizas de crédito y de préstamo] no aparece en la nueva redacción del art. 1435 citado, que se refiere a los contratos mercantiles sin distinción [...] y *ubi Lex no distinguit ne nos distingueret debemus*. Lo que sí cabe distinguir, según la Ley, es aquellos contratos de las referidas entidades en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada por la entidad acreedora, y aquellos que no contuvieren tal pacto. Y si la Ley exige determinados requisitos para la determinación de la cantidad exigible en los primeros, la misma razón hay para aplicarlos a los segundos". Y continúa diciendo que "siendo el antecedente del artículo de la LEC la Orden de 21 de abril de 1950 y el Reglamento del Banco de España de 1948, la ampliación de la expresión legal a todos los

(30) Así la sent. de la A.T. de Valencia de 12 de mayo de 1988 (R.G.D. 1988, p. 4713), Auto de la A.P de Pontevedra de 24 de septiembre de 1991, etc.

contratos mercantiles, implica un cambio de la *voluntas legislatoris*". Y con otros argumentos el Auto de 22 de octubre de 1991 de la A.P. de Pontevedra: "Una cosa es que la póliza intervenida sea en principio título que puede llevar aparejada ejecución conforme al art. 1429 LEC y otra que la deuda sea líquida, requisito añadido al de la habilidad del título para tener abierta la vía del juicio ejecutivo. [...] El diccionario académico enseña que en el idioma castellano líquido es el saldo de cuantía cierta que resulta de la comparación del cargo (cantidad a la que hay que dar satisfacción) con la data (partida o partidas de descargo). Así pues, cuando el propio título establece que lo prestado será devuelto en cuotas parciales a entregar en diversos momentos, con o sin cadencia fija, por lo que los intereses serán devengados tomando por base la cuantía no amortizada del principal, es claro que la cantidad líquida irá variando en función de entregas efectuadas por el deudor por lo que la cantidad exigible ya no es toda la prestada sino otra, diferente en función del momento en que se efectúe la liquidación, es decir la comparación de lo cargado con lo dado".

Nosotros (31), de acuerdo con un amplio sector de la doctrina (32), consideramos que para despacharse ejecución era y es nece-

(31) Véase Nieto Carol, U.: "La liquidez en los contratos bancarios. El artículo 1435,4 LEC". IX Premio Nacional LA LEY de Artículos Doctrinales, categoría Profesionales, Rev. Jurídica LA LEY, 16 de marzo de 1993, p. 5.

(32) Martínez Pastor, M.: "La póliza de crédito y su ejecución. 50 reflexiones". Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena, Murcia 1986; Cámara Mingo, L. M.: "Préstamos bancarios: certificación de la deuda líquida a efectos de su reclamación ejecutiva. LA LEY 1987, Tomo IV, p. 1117 y ss.; Bonardell Lenzano, R.: "La determinación de la deuda liquidable en los procedimientos ejecutivos derivados de los contratos bancarios". Rev. de Derecho y Comercio núm. 1, 1987; De la Oliva Santos, A.: "Nuevas consideraciones sobre el art. 1435 LEC: Liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo. LA LEY 1989, Tomo III, p. 989 y ss.; Díaz Ruiz, E.: "Jurisprudencia menor sobre juicios ejecutivos de pólizas bancarias". R.D.B.B. núm. 37, 1990; Díaz Moreno, A.: "La constitucionalidad del penúltimo párrafo del art. 1435 LEC". LA LEY, 14 de julio de 1992 (nota 1); Los Magistrados Fernández López, J. M.: "El pacto de liquidación del art. 1435 de la LEC", en Curso sobre *"Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores"*. Consejo General del Poder Judicial, marzo 1992; Gómez Herrero, L.: "El pacto de liquidez del art 1435 LEC". Comunicación al curso citado; Lledo González, C. L.: "La liquidez del contrato de préstamo mercantil en el juicio ejecutivo". Idem; Sánchez Herrero, J. R.: "La necesidad del pacto de liquidación en las

sario completar el título ejecutivo que contenga el contrato de préstamo con el *documento fehaciente* al que hacía mención el párrafo 4.º del art. 1435 LEC-1881 y hoy los arts. 572.1 y 573,1.2.º LEC. Y ello por varias razones:

1.ª Como ya hemos señalado, el art. 1435 LEC-1881 hablaba claramente de *contratos mercantiles* por lo que no había que presumir que el legislador quiso decir cosa distinta de la que realmente dijo (*in claris interpretatio non fit*). Por más que sea dicho artículo una norma sucesora de las anteriores ya vistas, no es en ningún caso repetición de las mismas, sino que más bien al contrario, ha intentado modificar el régimen existente hasta ese momento como se deduce del trámite legislativo.

Hoy ya ni siquiera se circunscribe a los contratos mercantiles sino que se extiende a todo tipo de contrato.

2.ª El segundo aspecto que debemos plantearnos es si del préstamo se deriva una deuda líquida. Si entendemos que existe tal cuando se disponga de un guarismo o cifra concreta o de los datos fijos necesarios para su obtención, podemos convenir que el elemento esencial para determinar la liquidez será que el contrato contenga todos los datos para calcular la deuda exigible y ello dependerá en gran medida de ante qué tipo de préstamo nos encontremos y de los actos de ejecución del mismo posteriores a la celebración del contrato.

Así, en los llamados préstamos simples, esto es, en los que se establece una única amortización al vencimiento, sería fácil *a priori* determinar la cantidad exigible siempre que se hubiera pactado un interés fijo y no se hubiera producido ninguna amortización anticipada (33), posibilidad ésta que contempla en todos los préstamos, o se hayan pagado los intereses en fechas distintas a las pactadas,

pólizas de préstamo al momento de despachar la ejecución". Idem; SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, A.: "El pacto de liquidez del art. 1435 LEC". *Idem*.

(33) Si se han realizado entregas a cuenta éstas deben ser imputadas, en defecto de pacto expreso, de acuerdo con el art. 318,2 CCom ("Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al capital").

porque en estos casos habría que saber cuándo para calcular los intereses de demora. Por el contrario, no habrá deuda líquida en los casos en los que se haya pactado un interés variable porque no figurarán en el propio título los distintos tipos a aplicar (34), o el pago de cantidades constantes comprensivas de capital e intereses (método francés)(35), o amortizaciones parciales (36) y pago periódico de intereses, en los que los hechos posteriores al contrato determinan la determinación de la deuda. En este mismo sentido VEGAS TORRES (37).

Por tanto, no debe confundirse que el préstamo sea un contrato de naturaleza *real* con que de él se derive una deuda líquida porque si bien es cierto que la cantidad entregada consta en el documento a diferencia del contrato de apertura de crédito (contrato *consensual*),

(34) "Hay que reconocer que son cada vez más numerosos los préstamos en los cuales se pacta una variación de los tipos de interés según ciertos índices y en los, que por tanto, no existe una cantidad líquida aunque sí liquidable" (DÍAZ MORENO, A.: ob. cit. p. 1, nota 1.)

(35) *Vid* supra Auto de 22 de octubre de 1991 de la A.P. de Pontevedra.

(36) "Se pretende por esta vía sea líquida y exigible (confróntese los arts. 921 y 1435 LEC-1881), requisito que si no plantea dificultades en los casos de préstamos hipotecarios de vencimiento único e interés fijo, sí requiere de unas previas operaciones de liquidación en los casos de préstamos de amortización gradual que fijen exactamente la cuantía de la deuda reclamada" (Fundamento Jurídico 2.º, Sent. T.S. de 10 de diciembre de 1991, Ar. 8924).

(37) VEGAS TORRES, J. (ob. cit., p. 113): Este precepto se refiere "a contratos mercantiles de diversa o especie mediante los que las entidades de crédito conceden financiación a sus clientes, articulándose la operación de manera que resulta imposible determinar a priori, cuando se celebra el correspondiente contrato, la cantidad concreta que será debida por el cliente al llegar el vencimiento de la operación. Esta es una característica que se presenta con frecuencia en las operaciones de activo de las entidades financieras. El caso paradigmático es el de los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, a cuya finalización, la deuda resultante vendrá determinada por las disposiciones y reembolsos que el acreditado haya realizado, según su voluntad, durante el periodo de vigencia de la operación, disposiciones y reembolsos que, lógicamente, resultan imprevisibles en el momento de concertar la operación. Pero también podrían suscitar un problema similar los préstamos que han de amortizarse a plazos cuando, como es frecuente, el contrato permita al deudor efectuar amortizaciones anticipadas o, aunque esto sea más raro, se prevean periodos de suspensión del pago de mensualidades a voluntad del deudor".

no lo es menos que los actos posteriores destinados a la amortización del principal del préstamo y al pago de intereses, sólo constan en la contabilidad de la entidad acreedora al igual que en el contrato de apertura de crédito.

Por otra parte, ni el contrato de préstamo bancario tiene una naturaleza tan netamente *real* como se deriva del art. 1740 CC ni el de apertura de crédito tan *consensual*. En efecto, ya decía el maestro GARRIGUES que el préstamo bancario es en cierta forma consensual (38). Pero es que, además, la variedad contractual y de la propia operatoria bancaria hace que cada vez haya menos distinciones entre una y otra figura jurídica. Así, en los préstamos a promotor (o autopromotor) la entrega del numerario no se hace al prestatario en la fecha del contrato sino a medida que va evolucionando la obra constructiva. Por otra parte, existen contratos denominados *créditos de disposición única* en los que como su propio nombre indica, se realiza la entrega en el momento del perfeccionamiento e incluso llegan a pactarse reducciones periódicas del límite que funcionan como amortización de capital, o se determinan ingresos también periódicos de cantidades que coinciden con el importe de cuotas comprensivas de capital e intereses, con lo que estos contratos funcionan más como préstamos que como créditos. En definitiva, que en la vida práctica hay créditos que funcionan como préstamos y viceversa.

En todo caso, el criterio enunciado en las sentencias antes vistas según el cual se considera que no es necesario el documento fehaciente de liquidación en los casos en los que la cantidad líquida exigible deriva del propio título o puede llegarse a ella "con una *simple operación aritmética* y en base a los datos proporcionados por el título" dista de ser seguro ya que lo que debe entenderse por *simple operación aritmética* (39), dependerá mucho de los conocimientos

(38) "Cuando una empresa industrial, después de largas discusiones, llega a concertar un préstamo con un Banco y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda de que el préstamo está perfecto y la entrega o entregas de dinero son actos de ejecución del préstamo y no contratos nuevos. De aquí se desprende que con arreglo a esa mentalidad, el contrato de préstamo se convierte en un pacto consensual" (ob. cit., p. 225).

(39) A este respecto valgan las palabras de un Magistrado (C. L. LLEDO GONZÁLEZ: ob. cit., p. 4) referentes a la expresión de *simples operaciones aritméticas* contenidas en algunas sentencias: "afirmar que tal pronuncia-

de matemática financiera de quien decida. En realidad, con los datos del propio documento contractual no es sencillo en la mayoría de los casos para el no experto calcular el capital pendiente en un momento determinado. En todo caso estas sentencias reconocen que en el título deben constar todos los datos necesarios para determinar cuál es la cantidad exigible y aunque consten los *elementos de cálculo* (capital, tiempo, tipo de interés, comisiones, etc.) lo más probable es que no consten los *elementos de hecho* (si se han efectuado los pagos en los vencimientos pactados, si se han imputado correctamente los pagos anticipados, etc.) que determinan la adecuación o no de la liquidación a lo realmente acontecido.

De lo hasta aquí dicho podemos concluir que dada la complejidad en muchos casos de los cálculos financieros, y la riqueza y variedad contractual y de la propia operatoria contractual, se hace necesaria en la práctica el documento fehaciente de liquidación en la mayoría de las operaciones bancarias y, por tanto, también en los préstamos.

3.ª Por si esto fuera poco, no debemos olvidar que la Exposición de Motivos de la Ley de reforma (Ley 34/1984) expresaba su intención de dar una mayor protección a los clientes en general y no sólo a los acreditados. En este mismo sentido se dirigía la enmienda (número 539) del Grupo Socialista de la que derivó la redacción del precepto que nos ocupa al decir que tenía por finalidad mejorar la

---

miento debe ser predicado exclusivamente de los llamados contratos de préstamo que responden fielmente a esa naturaleza y simplicidad económico-contable, añadiendo acto seguido que no todas (incluso diría que la mayor parte de ellas) las pólizas que ha tenido la ocasión de examinar, concertadas y ostensiblemente intituladas como contrato de préstamo responden realmente a esa idea o, dicho más claro, no son realmente contratos de préstamo –al menos no contratos de simple préstamo– y su clausulado llega a alcanzar una variedad y complejidad tal que su inteligencia (no digamos ya su liquidez) exige no sólo arduos esfuerzos y elevados conocimientos técnicos, sino también conocer algunas circunstancias o hechos que no resultan del propio título, siendo tantas y tan variadas las posibles operaciones o incidencias durante la vida del contrato (pagos anticipados, pagos retrasados, compensaciones con otros activos, intereses moratorios sobre los contractuales, etc.) que en su desarrollo se asemejan más a la situación de cuenta corriente que al puro préstamo, exigiendo a su vencimiento o resolución una previa fijación de esos elementos fácticos para poder determinar la cantidad realmente adeudada".

redacción y "reforzar la posición jurídica del deudor [...]", lo que se consigue, desde luego, cuando la cantidad líquida exigible se determina con la intervención de un fedatario público perito en la materia y no de forma unilateral por la entidad acreedora.

A mayor abundamiento, debemos recordar que la protección de los consumidores y usuarios es un principio general del ordenamiento jurídico de acuerdo con el art. 53,1 en relación con el 51,1 CE y 1,1 LGDCU lo que nos lleva a demandar para el deudor que tenga tal condición una mayor protección, que para el caso de los juicios ejecutivos implica darle la seguridad de que la cantidad que se le exige se ha determinado con garantías suficientes y no se le imponga una obligación de hecho cual sería la de buscar y pagar un perito que revise la documentación y compruebe la correcta determinación de dicha cantidad.

Pero hoy los arts. 572.1 y 573,1.2º LEC ya ni siquiera hablan de operaciones de entidades de crédito y fuera del ámbito de éstas son muy extraños los contratos de apertura de crédito.

4.ª Un último argumento nos lo proporcionaba la Sent. del T.C. En su Fundamento Jurídico 8º señala que "nada resulta más alejado del texto legal que el despacho automático del mandamiento de ejecución" sino que por el contrario el Juez debe "efectuar el examen inicial que exige el art. 1440 LEC [1881], control judicial que incluye el particular de la liquidez (art. 1467,2 *in fine*). La realización de dicho control no requiere del Juez conocimientos contables, de matemática financiera o incluso de informática, como se declara en alguno de los Autos de planteamiento". "El art. 1435 no solamente no impide al Juez ese control inicial, ni lo relega a un examen impracticable o imposible, sino que le ofrece la posibilidad de contar con el imprescindible *auxilio técnico*". Nosotros consideramos que careciendo de los conocimientos a que hace mención la sentencia y dada la complejidad antes apuntada, es claro que este auxilio técnico será necesario en todo caso y no sólo en los contratos de apertura de crédito.

Esto hoy es perfectamente aplicable a toda ejecución dineraria.

En definitiva, y con esto concluyo este apartado, debía considerarse necesario el documento fehaciente del entonces art. 1435,4 LEC-1881 en todo tipo de contrato bancario ya que dicho precepto, a diferencia de la OM de 1950, no hacía distinción y por tanto

era también de aplicación a los contratos de naturaleza real porque de ellos no se deriva necesariamente una deuda líquida y porque, además, con la intervención de un fedatario perito en la materia se refuerza la posición del deudor que gozaba así de unas mayores garantías y se le facilitaba al Juez un imprescindible *auxilio técnico* que le permitía realizar el examen previo necesario para despachar o no el mandamiento de embargo. Y hoy más a la vista de los arts. 572.1 y 573,1.2.º LEC, ya que se habla en general de "operaciones derivadas de contratos" sin hacer mención alguna a las entidades de crédito.

2. Título ejecutivo

El segundo requisito para la aplicación de este peculiar sistema de liquidación es que el contrato haya sido formalizado en escritura pública autorizada por Notario o en póliza (40) intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, hoy Notario. Como señala Ortiz Navacerrada (41) "el ordenamiento positivo ha dotado de eficacia ejecutiva a determinados y tasados documentos de una presunción legal de responsabilidad". Tal reconocimiento legal se apoya en dos factores determinantes que parecen ineludibles a la luz de principios elementales de justicia: "que el título proceda de sujeto legitimado para comprometer ejecutivamente el patrimonio sobre que se pretende proyectar la ejecución y, correlativamente, que tal origen legitimador conste con autenticidad. Aquel sujeto –obviando ahora el marco administrativo– no puede ser otro que el Juez, investido de poder de ejecución, o el titular de poder de disposición sobre el

(40) De acuerdo con la Sent. A.T. de Valencia de 16 de enero de 1988, "en un momento histórico la palabra póliza pudo estar reservada para un tipo especial de papel relativo al impuesto de timbre en el que se documentaba un contrato mercantil, pero ello carece en la actualidad de sentido, y sólo es posible llegar a la conclusión de que por póliza hay que entender el documento privado en el que, con la firma de las partes, se plasma un contrato mercantil; para que ese documento, adquiriendo el carácter de público, se convierta en título ejecutivo, el art. 1429,6 LEC exige la intervención de Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio". En sentido análogo se manifiesta la Sent. de la A.T. de Barcelona de 13 de septiembre de 1985.

(41) Ob. cit., p. 156.

patrimonio en cuestión; la autenticidad exige intervención de Fedatario Público o reconocimiento ante Juez por el titular expresado" (42).

En el caso de las escrituras y las pólizas intervenidas por Notario, es claro que la presunción de responsabilidad que la Ley les incorpora a efectos ejecutivos se asienta en el principio de legitimidad antes visto ya que la efectiva procedencia del deudor queda autenticada por Fedatario Público.

3. Pacto expreso

El art. 572.2 LEC exige que "se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo". Precepto que es muy similar a su antecedente legislativo (art. 1435,4 LEC-1881) que exigía que se hubiera pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sería la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

Como señalaba el fundamento jurídico 12.º de la Sent. T.C. 14/1992, de 10 de febrero, este pacto puede ser plasmado de distintas formas, "todas las cuales deberán cumplir los requisitos de claridad, documentación y buena fe [que explicitan los diversos preceptos de la Ley 26/1984]". En todo caso el Juez puede y debe denegar el despacho de ejecución si la cláusula que permite al acreedor (la Sent habla de "Entidad de crédito") realizar unilateralmente la liquidación no reúne los requisitos mencionados, y por supuesto, en los casos en que no se ha incluido dicho pacto.

Consideramos que de ser incluido el pacto, cosa que ocurre hoy en casi todos los contratos bancarios, éste debe respetarse. Así, con independencia de que pueda considerarse o no la deuda derivada del contrato de préstamo como líquida, si se incluye la cláusula en virtud de la cual la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, teniéndose ésta por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, deberá considerarse dicho documento fehaciente como elemento integrador del título

(42) Ob. cit., p. 157.

ejecutivo de manera que no podrá despacharse ejecución si no se presenta.

Mayor problema plantea el caso poco habitual pero posible en el que la póliza de préstamo no incluya de forma expresa el pacto liquidatorio. En estos casos al Juez se le plantean dos posibilidades (43):

1.ª No despachar la ejecución por iliquidez de la deuda (art. 552,1 LEC, "si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución.") aunque se le aporte el documento fehaciente, ya que éste no está amparado por un pacto incluido por las partes en el título ejecutivo. En este caso deberá determinarse en un juicio declarativo ordinario la cantidad exigible.

2.ª Despachar dicha ejecución si se le aporta un documento fehaciente liquidatorio que le permita al Juez verificar la liquidez de la deuda. No olvidemos, como dice CÁMARA MINGO (44) que "la liquidez, que ha de predicarse de la deuda más no del documento (póliza mercantil), es un requisito cuya existencia ha de verificar el Juez antes de admitir a trámite la demanda (art. 1440 LEC-1881) pero no se acredita necesariamente de una determinada manera sino que depende del caso concreto, de los hechos expuestos en la demanda de cada caso particular".

Pero en este caso tal documento liquidatorio será fehaciente por la intervención de un Notario, y acreditará que la cantidad exigible ha sido liquidada de acuerdo con lo pactado por las partes si dicho Fedatario incluye ese juicio en el documento, pero *en ningún caso será el documento fehaciente al que se refiere el art. 573,1,2.º LEC* para el que falta uno de los requisitos, cual es el de la inclusión expresa en el título ejecutivo del pacto liquidatorio (art. 572.2).

---

(43) Cabría una solución intermedia a juicio de LLEDO GONZÁLEZ (ob. cit., última p.): "podrá considerarse líquida la obligación en cuanto a la restitución por el prestatario del capital no devuelto, de manera que si no es posible fijar éste último por estar integrado el principal por otros conceptos cuyos supuestos fácticos no resulten del propio título ejecutivo, no podría considerarse líquida la obligación ni consiguientemente acordar el despacho de ejecución".

(44) Ob. cit., p. 1.122.

V.2. Ejecución de bienes hipotecados o pignorados

Como señalaba VEGAS TORRES (45), el acreedor que tiene un crédito asegurado con prenda o hipoteca –como cualquier otro acreedor, tenga o no garantía real y con título ejecutivo o sin él– puede obtener la tutela judicial de su derecho acudiendo al proceso declarativo ordinario que corresponda y, una vez obtenida en él sentencia favorable, pedir su ejecución. "Ahora bien, para las acreedores hipotecarios y pignoraticios –y, esta vez, sólo para ellos– la LEC prevé un *cauce procesal especial* que les permite obtener una rápida satisfacción de su derecho mediante una actividad jurisdiccional ejecutiva *limitada a la realización de la garantía* (enajenación del bien hipotecado o de la cosa dada en prenda, exclusivamente). Este especial cauce procesal está regulado en los arts. 681 y siguientes de la LEC, que parten de la aplicación de las normas generales en materia de ejecución forzosa, estableciendo a continuación determinadas especialidades de suficiente entidad como para dar a este procedimiento una configuración muy particular, que lo distancia notablemente, en aspectos relevantes, de la ejecución ordinaria por deudas de dinero".

En efecto, de acuerdo con el art. 681.1 LEC "la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título [Título IV. De la ejecución dineraria], con las especialidades que se establecen en el presente capítulo [V. De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados]".

Por su parte, el art. 685.1 LEC establece que "la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes.

2. A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley.

(45) Ob. cit., 2005, p. 287.

En caso de ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

3. A los efectos del procedimiento regulado en el presente capítulo se considerará título suficiente para despachar ejecución el documento privado de constitución de la hipoteca naval inscrito en el Registro de Bienes Muebles conforme a lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley de Navegación Marítima". De acuerdo con este último precepto (Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima), "para que la hipoteca naval quede válidamente constituida podrá ser otorgada en escritura pública, en póliza intervenida por notario o en documento privado (46) y deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles".

---

(46) La constitución de hipoteca naval en documento privado es incomprensible. Primero porque es contraria al principio general de titulación pública del art. 73 de la propia Ley de Hipoteca Naval ("1. La inscripción en el Registro se practicará en virtud de escritura pública, póliza intervenida por notario, resolución judicial firme o documento administrativo expedido por funcionario con facultades suficientes por razón de su cargo.

2. El notario español o cónsul de España en el extranjero que autorice una escritura pública o intervenga una póliza relativa a buques, embarcaciones o artefactos navales deberá obtener de la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles, con carácter previo al otorgamiento, la oportuna información sobre la situación de dominio y cargas y deberá presentarla, directamente o por testimonio, en la forma y por los medios que reglamentariamente se establezcan").

También es contrario a lo establecido en el art. 118 (Forma, adquisición de la propiedad y eficacia frente a terceros) de la misma Ley ("1. El contrato de compraventa de buque constará por escrito.

2. El comprador adquiere la propiedad del buque mediante su entrega.

3. Para que produzca efecto frente a terceros, deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, formalizándose en escritura pública o en cualquiera de los otros documentos previstos en el artículo 73.

4. En los supuestos en que las partes pretendan elevar el contrato a escritura pública u otorgarlo en cualquiera de los otros documentos previstos en el artículo 73, con carácter previo a su protocolización, el notario o cónsul deberá obtener del Registro de Bienes Muebles la oportuna información sobre la situación de dominio y cargas, en la forma y por los medios que reglamentariamente se establezcan").

Vemos como el art. 685.2 LEC se remite a los arts. 573 y 574 del mismo cuerpo legal.

V.3. Venta extrajudicial notarial de bien inmueble hipotecado

La venta extrajudicial está regulada por el art. 129 LH cuya redacción se debe al art. 3.3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Como señala la exposición de motivos de esta Ley, "se fortalece en la Ley Hipotecaria el régimen de venta extrajudicial de bienes hipotecados" Por otra parte, añade, "en la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993".

De esta forma, la venta extrajudicial adquiere rango de ley formal y las disposiciones del RH pasan a tener carácter supletorio respecto a lo establecido en el art. 129 LH y siempre que no sean contrarios al mismo.

Posteriormente, las letras a) y f) del art. 129.2 LH han sido objeto de modificación por la disposición final 3 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, con entrada en vigor el 15 de octubre de 2015.

La venta extrajudicial (notarial) de bienes hipotecados está regulada, como ya se ha dicho, en el art. 129 LH pero la LEC tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, y en todo caso será de aplicación lo dis-

puesto en el artículo 579.2 LEC (especialidades en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, cuando el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante).

El art. 129.2.c) LH, después de decir que "la venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114", continúa señalando que "en el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el *documento fehaciente* que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca (47). En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el *documento fehaciente* que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

La primera parte de este precepto es transcripción literal de lo establecido en el art. 235.1 RH. A este último respecto señalaba Gómez-Ferrer (48), que "plantea duda la utilización del adverbio «inicialmente», "pues puede referirse tanto al momento en que se convierte la venta extrajudicial ante notario, en cuyo caso la cuantía aparezca determinada en la escritura de constitución de hipoteca, como el requerimiento con que se inicia en las formalidades". Si bien señala que Rodríguez Adrados (49) opina que se aplicaría a aquellas hipotecas en que la obligación principal estaba fijada inicialmente en la propia escritura de constitución, o aunque dicha cantidad poste-

(47) A mi juicio no es correcto: habría que haber dicho escritura de préstamo que es en la que constará el "pacto liquidatorio" ya que este es propio de la relación obligacional –el préstamo– y no de la constitución de la garantía –la hipoteca– que puede ser, incluso, posterior.

(48) Gómez-Ferrer, R.: *Venta extrajudicial ante notario del inmueble hipotecado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 71 y 72.

(49) Rodríguez Adrados, A.: "El ejercicio extrajudicial del *ius dristrahendi* por el acreedor hipotecario", en Revista Jurídica Notariado, julio-septiembre 1997, pp. 264-265.

riormente disminuya como sucede en las hipotecas de amortización, y en la hipoteca en garantía de títulos, tanto nominativos como al portador, porque no es su cuantía lo que está inicialmente indeterminada sino su titularidad. Por el contrario, no sería aplicable en las hipotecas de seguridad cuya indeterminación está en la cuantía inicial de la deuda garantizada, como las hipotecas de máximo, y en concreto, la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito del artículo 153 de la Ley Hipotecaria".

Como señala Rey Portolés (50), el art. 235.1 obedece a una "prudencia inconsecuente: la liquidación de una obligación de cuantía, sí determinada inicialmente, pero sujeta a amortización según diversas fórmulas financieras divergentes, o la de una obligación accesoria de intereses variables –remuneratorios o moratorios– no es más simple que la cuenta corriente".

Por su parte, Gómez Ferrer (51) se inclina porque "la determinación debe serlo en el momento de iniciación de las formalidades de la venta extrajudicial" puesto que "nada impide al acreedor que en su día pueda obtener un título suficiente que concrete la deuda y le permita acudir a la ejecución por este procedimiento".

Como señalan Toribios Fuentes y Calvache Martínez (52), "la interpretación literal de este precepto nos llevaría a excluir las hipotecas de máximo y con ellas todas las hipotecas en garantía de cuentas de crédito, puesto que su cuantía no resulta del propio título de constitución. La RDGRN de 17 de septiembre de 2012 establece que "el procedimiento de venta extrajudicial no es directamente aplicable respecto de hipotecas de máximo, ni tampoco respecto de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes reguladas en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de que sí pudiera acudirse al procedimiento extrajudicial si consta posteriormente en el Registro de la Propiedad la determinación de la cuantía a través de la nota

(50) Citado por Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi Editorial, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 715, nota 156.

(51) Ob. cit, p. 72.

(52) Toribios Fuentes, F. y Calvache Martínez, J. B.: Toribios Fuentes, F. y Calvache Martínez, J. G.: "Artículo 129" en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir. A. Domínguez Luelmo), 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1.172.

marginal de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria (53) y 238 de su Reglamento (54)".

De acuerdo con estos autores, "la generalidad de la doctrina entiende que la exigencia de que la obligación ha de estar inicialmente determinada ha de ir referida no al momento de la constitución de la hipoteca, sino al de su realización, por lo que puede utilizarse este procedimiento en las hipotecas de máximo (López Liz, 1999, 77; Lanzas Galvache, 1995, 840, y Gómez-Ferrer, 2009, 72). Así se deduce del artículo 236.a) RH al exigir que se aporte «la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento». Es contundente la RDGRN 8-2-2001 (RJ 2001, 2149) al declarar que, aunque se trate de una hipoteca de máximo, sí es posible pactar este procedimiento de ejecución, pues nada impide que el acreedor, en su día, pueda obtener un título suficiente que concrete la deuda y le permita acudir a la ejecución por ese procedimiento. También es muy clara la RDGRN 11-2-1998 (RJ 1998, 1113) al decir que la determinación exacta de la obligación sólo es necesaria en el momento de la ejecución, así pues, no hay por qué excluir de este procedimiento a obligaciones de cuantía incierta o indeterminada, objeto, por ejemplo, de hipotecas de máximo, si en el momento del

(53) "Cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición suspensiva, de que trata el párrafo primero del artículo anterior ["la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse"], podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria".

(54) "Para hacer constar en el Registro que se han cumplido las condiciones suspensivas o que se han contraído las obligaciones futuras de que trata el artículo 143 de la Ley, presentará cualquiera de los interesados al Registrador copia del documento público que así lo acredite y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban dar lugar a ella.

Si alguno de los interesados se negare a firmar o ratificar dicha solicitud podrá el otro demandarle en juicio ordinario. Si la resolución fuere favorable a la demanda, el Registrador extenderá la correspondiente nota marginal".

requerimiento inicial la cuantía ha quedado determinada. En el mismo sentido se pronuncian las RRDGRN 6-10-1994 (RJ 1994, 7655), 9-10-1997 (RJ 1997, 7366), 24-8-1998 (RJ 1998, 6585) y 17-5-2001 (RJ 2001, 4797)".

Por otra parte, la determinación de la cuantía, si se ha incluido en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria (55) el pacto de liquidez del artículo 572.2 LEC, se produce mediante el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el en dicha escritura. Por eso, a mi juicio, si se considera que la determinación de la cuantía exigible debe ser en el momento de la realización de la hipoteca no habría razón para excluir de la venta extrajudicial las hipotecas de máximo y con ellas todas las hipotecas en garantía de cuentas de crédito, siempre que exista este documento fehaciente de liquidación; y ello sin la nota marginal de los arts. 143 LH y 238 RH, para la cual es impensable la colaboración del deudor.

Gomá Lanzón (56) excluye expresamente del procedimiento de venta extrajudicial la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito concedidas por entidad financiera ya que el deudor no puede alegar error o falsedad o en la fijación del saldo (art. 153 LH). Pero como señala Mira Ros (57), "algunos artículos de la Ley Hipotecaria, como el art. 153, a propósito de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, todavía va por libre, y en abierta contradicción, por cierto, con las demás normas de la LEC" (58). Por el mismo criterio

(55) El art. 129 LH habla incorrectamente, a mi juicio, de "escritura de constitución de hipoteca". El pacto de liquidez afecta a la determinación de la cantidad exigible consecuencia de la obligación (el préstamo), no a la garantía hipotecaria. Es más, podría haber escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo ya existente y obviamente en esta no figuraría el pacto de liquidación.

(56) Gomá Lanzón, F.: "El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: informe de situación" en *La Protección de Consumidores y Usuarios en la Contratación Bancaria*, Cuadernos de Derecho y Comercio, extraordinario 2014, p.203

(57) Mira Ros, C.: "Ejecución hipotecaria", Revista El Notario del siglo xxi, Colegio Notarial de Madrid, núm. 20, julio-agosto 2008, http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20?id=1932:ejecucion-hipotecaria-0-7741411298272582, p. 2.

(58) En efecto, este artículo es contrario al art. 572.2 y 573.1.1.º y 2.º LEC.

sería inaplicable la venta extrajudicial al resto de los supuestos porque, de acuerdo con el art. 558.2 que permite la oposición fundada exclusivamente en pluspetición o exceso y "en los casos a que se refieren los artículos 572 y 574, sobre saldos de cuentas e intereses variables, el Secretario judicial encargado de la ejecución, a solicitud del ejecutado, podrá designar mediante diligencia de ordenación perito que, previa provisión de fondos, emita dictamen sobre el importe de la deuda. De este dictamen se dará traslado a ambas partes para que en el plazo común de cinco días presenten sus alegaciones sobre el dictamen emitido. Si ambas partes estuvieran conformes con lo dictaminado o no hubieran presentado alegaciones en el plazo para ello concedido, el Secretario judicial dictará decreto de conformidad con aquel dictamen. Contra este decreto cabrá interponer recurso directo de revisión, sin efectos suspensivos, ante el Tribunal. En caso de controversia o cuando solamente una de las partes hubiera presentado alegaciones, el Secretario judicial señalará día y hora para la celebración de vista ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución".

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el *documento fehaciente* que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca (*sic*).

Por tanto, sólo quedarían excluidos de la exigencia de documento fehaciente que acredite la correcta liquidación, los llamados "préstamos simples", esto es, los que se amortizan en su totalidad al vencimiento.

Esto se deduce de la expresión "reembolso progresivo de capital": por tanto, se exige dicho documento fehaciente en las ventas extrajudiciales referentes a hipotecas en garantía de préstamos que se reembolsan mediante cuotas constantes comprensivas de capital e intereses –método de amortización francés– (que es el sistema más comúnmente utilizado), de los que se reembolsen mediante cuotas de capital constante –método de amortización italiano–, así como los de cuotas de capital e intereses crecientes –método de amortización mediante cuotas en progresión geométrica o aritmética–.

Se excluyen así de la exigencia del documento fehaciente en los "préstamos simples" porque se considera que en estos casos puede llegarse a la cantidad líquida exigible, en expresión de algunas sen-

tencias, “con una simple operación aritmética y en base a los datos proporcionados por el título”.

Habría bastante que discutir respecto a qué es y qué no es una “simple operación aritmética” y, sobre todo, que el problema no es tanto la configuración del método de amortización como la propia “vida del préstamo”, esto es, han podido haber amortizaciones parciales, devengo de intereses de demora por impago de los intereses ordinarios en las fechas de liquidación, etc.

Y, además, se exige el documento fehaciente en todos los préstamos a interés variable. incluidos los llamados “préstamos simples”. Por tanto, cuando se hayan pactado intereses variables es indiferente el método amortización.

Por otra parte, en el hipotético e improbable caso en la práctica bancaria de un préstamo de amortización al vencimiento y tipo de interés fijo en el que *se hubiera incluido el pacto de liquidez*, éste debe respetarse. Así, con independencia de que pueda considerarse o no la deuda derivada del contrato de préstamo como líquida y con independencia de que NO lo exija el art. 129.2.c), si se incluye la cláusula en virtud de la cual la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, teniéndose ésta por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el instrumento público, deberá considerarse necesario que se acompañe a la solicitud de venta extrajudicial dicho documento fehaciente.

Mayor problema plantea el caso poco habitual pero posible en el que el instrumento público de préstamo *no incluya de forma expresa el pacto liquidatorio*. En este caso NO podría autorizarse el documento fehaciente de liquidación del art. 129.2.c) LH y del art. 218 RN, pero SÍ podría autorizarse un *acta de liquidación* al amparo del art. 219 RN. De acuerdo con este precepto, “los notarios, a requerimiento de parte interesada, podrán autorizar actas de liquidación relativas a cualesquiera cuentas o contratos no comprendidos en el artículo anterior. Esta clase de actas, según el alcance del requerimiento, deberán contener los apuntes contables y el saldo final, así como la expresión de las condiciones en que se ha practicado la liquidación.

Estas actas de liquidación se acomodarán a los requisitos formales, materiales y de registro, establecidos en el artículo anterior, con las especialidades derivadas del requerimiento”.

Este instrumento será un "documento fehaciente" habida cuenta que está autorizado por un Notario y acreditará que la cantidad exigible ha sido liquidada de acuerdo con lo pactado por las partes y, además, dará fe, si así se hace constar, que el saldo que consta en la certificación expedida por la Entidad acreedora coincide con el que figura en la cuenta abierta al deudor, pero *en ningún caso será el documento fehaciente del art. 573.1.2.º LEC ni el del art. 129.2.c) LH ya* que le falta uno de los requisitos esenciales, cual es el de la inclusión expresa en el título ejecutivo del pacto liquidatorio.

V.4. Venta extrajudicial notarial de bien mueble hipotecado o pignorado sin desplazamiento

La Sección 2.ª ("Venta extrajudicial) de la LHMPSD –arts. 86 y ss.– se ha modificado por la disposición final 13.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio.

De acuerdo con el art. 87 de esta norma, "el procedimiento extrajudicial se ajustará necesariamente a las siguientes reglas: […]

2.ª Se iniciará por un requerimiento dirigido por el acreedor al Notario que, previo el cumplimiento de los requisitos de este artículo, proceda a la venta de los bienes en pública subasta.

En el requerimiento hará constar el acreedor la *cantidad exacta* que sea objeto de la reclamación, por principal e intereses, y la causa del vencimiento, entregando al Notario *el título o títulos de su crédito, revestidos de todos los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que tengan carácter ejecutivo*".

Como se observa, aunque se habla de "cantidad exacta", luego se exige aportarle al Notario los títulos de crédito ejecutivos revestidos de los requisitos exigidos para ello por la LEC. Y como ya hemos visto, los arts. 572.2 y 573,1.2.º LEC, "podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo", debiendo acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta, además de "el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la

liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución", "el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo".

Al hablar del tema de la liquidez de la deuda, con buen criterio, a mi juicio, dado que a tenor de la disp. adic. tercera LHMPSD, "en el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles y con lo prevenido en los artículos anteriores", ADÁN DOMENECH (59) apela al artículo 129.2.c) LH. Y concluye que "de acuerdo con las directrices de este precepto señalado, y conforme a la aplicación supletoria de la legislación hipotecaria a la venta extrajudicial mobiliaria, puede admitirse la incoación de este proceso por cantidades determinadas conforme a lo pactado por las partes. Esta es, asimismo, la postura que ha adoptado la DGRN" citando las resoluciones de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2011\2461 y de 2 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6928).

VI. EL DOCUMENTO FEHACIENTE DE LIQUIDACIÓN

VI.1. Alcance y naturaleza de la intervención del Notario

Tanto el art. 573.1.2.º LEC como el art. 129.2.c) LH establecen que debe acreditarse que se ha practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo/escritura de hipoteca (para mejor decir, escritura de préstamo hipotecario).

Este es el requisito que lógicamente ha suscitado más problemas planteándose qué significa que el fedatario *acredite* esta circunstancia. Entramos así en el estudio de uno de los aspectos más controvertidos del precepto en cuestión que es el alcance de la intervención del Notario.

(59) ADÁN DOMENECH, F.: "La venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria", *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 64, diciembre 2015, pp. 27 y 28.

Las distintas posturas doctrinales en cuanto a cual debía ser el papel del fedatario público actuante ya se decantaron a raíz de la modificación del art. 1.435 de la LEC-1881, hoy derogada y que, como ya hemos dicho, es el antecedente de los arts. 572.2 y 573.1.2.º LEC vigente y del art. 129.2.c) LH.

Entonces estas posturas se agrupaban en formalistas y materiales, y dentro de estas últimas, las maximalistas que pedían una auditoría de la cuenta y las de los que consideraban (y consideramos) que era suficiente con analizar los aspectos formales de la contabilidad, esto es, que el saldo resultante se ajusta a los movimientos contables y que el cálculo de intereses y comisiones es acorde con lo pactado en el título ejecutivo.

1. *Posturas formalistas* (60)

Una primera opinión sostenía que la actuación del fedatario debía limitarse a constatar que el procedimiento liquidatorio aplicado era el pactado en el título ejecutivo, es decir, que se ha practicado por la entidad acreedora sin que sea preciso entrar en el contenido de la propia liquidación. Así, según el Consejo Superior Bancario, "el requisito establecido en el art. 1435 LEC de que el documento fehaciente acredite que la liquidación se ha practicado en la forma convenida entre las partes, debe considerarse que se refiere sólo al procedimiento a seguir para establecer el saldo último (bien por la entidad acreedora exclusivamente, o de mutuo acuerdo, o con previa notificación, o con intervención de un tercero, etc.) ya que el precepto alude claramente a la forma y no al contenido de la liquidación" (61). Consideraba, igualmente, "que la simple incorporación

(60) Consejo Superior Bancario: Circ. número LXV/84, de 19 de octubre y número LXXII/84, de 10 de noviembre; López Antón, F.: "Créditos a interés variable. Su régimen jurídico", 1985, pp. 469 y ss.; Saguar Quer, F.J.: "La liquidez en el juico ejecutivo de los contratos bancarios". R.D.B.B. núm. 32, 1988, p. 864; Martínez Pardo, V. J.: ob. cit., p. 865.

(61) Circ. del Consejo Superior Bancario núm. LXV/84, de 19 de octubre.

del certificado del Banco a un acta notarial (62) constituye el documento fehaciente que exige la Ley" (63).

En sentido análogo consideraba MARTÍNEZ PARDO (64) que "si se obligase al fedatario a certificar de la bondad intrínseca del saldo, sobraría la posibilidad de oponer pluspetición, o si la excepción prosperase, cabría exigir responsabilidades al fedatario, lo cual es inadmisible".

A la luz de estas opiniones la reforma de la LEC de 1984 no habría supuesto ningún cambio con respecto al régimen anterior y seguiría quedando la determinación de la deuda exigible en manos de las entidades de crédito (65), lo que no era compartido por la doctrina mayoritaria y la propia jurisprudencia (66).

---

(62) Véase a este respecto la Sent. A.T. de Albacete de 22 de junio de 1987 (FERNÁNDEZ-MARTOS, E.: *Normas y formularios sobre contratación bancaria*. Editorial Saetabis, 1988, p. 289). La liquidación incorporada a un "acta notarial en que sólo se da fe de haber sido requerido por la actora para su confección y que las firmas de los empleados de ésta obrantes en la certificación son legítimas, sin que el Fedatario público acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, sin que tampoco extienda su fe a que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor, por lo que la liquidación omite las garantías establecidas por la ley en beneficio de los deudores y la cantidad ha de estimarse ilíquida declarando la nulidad del juicio ejecutivo".

(63) Circ. del Consejo Superior Bancario núm. LXXII/84, de 10 de noviembre.

(64) Ob. cit., p. 885.

(65) Así SAGUAR QUER (ob. cit., p. 868), alega a favor de esta hipótesis "la alta especialización técnica de las entidades bancarias, igual o superior a la de peritos ajenos a las partes o a la de los fedatarios, sean notarios o mediadores mercantiles (*sic*), aunando a la seriedad de su contabilidad y a los medios informáticos aplicados a su elaboración los controles privados y públicos a que están sometidas, sin que *a priori* sea de recibo convertir a los establecimientos de crédito en sospechosos de una mala llevanza de su contabilidad o de faltar a la confianza en ellos depositada por sus clientes".

(66) Valga de ejemplo lo dicho por la Sent. A.P. de Madrid de 17 de abril de 1989 (LA LEY, 29 de noviembre de 1989): "la entidad bancaria ejecutante se siguió limitando a la mera inercia burocrática de, sin documentación acreditativa alguna, certificar unilateralmente un saldo, lo que no deja de ser una práctica bancaria que, pese a los principios y exigencias constitucionales, pese al sentido en este campo de la reforma del art. 1435 LEC [...] parece mantener inmutable, con su gravísima carga de indefensión para los usuarios de las actividades bancarias".

Hoy con más razón podemos sostener lo mismo ya que el sistema de la vigente LEC se extiende a todo acreedor y no puede dejarse la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes (art. 1256 CC).

2. *Posturas materiales*

Según la mejor doctrina y la propia jurisprudencia, la Ley de Reforma Urgente de 6 de agosto de 1984 había "venido a modificar, entre otros numerosos, el art. 1435 del viejo texto de 1881, con el propósito fundamental de garantizar en mayor medida que lo hacía aquél, el derecho de los deudores frente a la autoliquidación de créditos de las entidades acreedoras, generalmente los Bancos, finalidad que ha pretendido lograr por medio de dos innovaciones, una incorporando al texto, casi literalmente, la OM de 21 de abril de 1950, en algún momento tachada de inconstitucional, y que ahora adquiere rango de Ley; otra, adicionando a las obligaciones asignadas en esta materia a los Corredores Colegiados de Comercio, la de acreditar haberse practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, con lo que viene a reconocerse a aquellos fedatarios facultades de valoración y decisión similares a las que el art. 1440,3 atribuye al Juez competente para conocer del procedimiento" (67). En análogo sentido se manifestaba Vázquez Iruzubieta (68) al decir que se ha encomendado "a los Agentes de Bolsa y a los Corredores de Comercio una labor ingente [...], pero lo cierto es que sólo el fedatario está facultado para realizar esta operación de control de un buen uso del pacto de liquidez. Alguien tenía que hacerlo porque no era posible seguir admitiendo como prueba fehaciente de liquidez las cantidades presentadas por una sola de las partes".

Se consideraba así que el documento fehaciente había de incluir un juicio sobre la adecuación del contenido de la liquidación a los términos fijados en el título ejecutivo. No bastaría por tanto, como decía Pérez Palenzuela (69), "que el fedatario intervenga o expida

(67) Sent. A.T. de Oviedo de 27 de mayo de 1985.

(68) Vázquez Iruzubieta, C.: "Doctrina y Jurisprudencia de la LEC". EDERSA, 5.ª edición, 1991.

(69) Pérez Palenzuela, J.: "Régimen legal de la póliza tras la Reforma Urgente de la LEC". R.G.D. núm. 480, 1984, p. 1910.

certificación, en la que diga o conste lo meramente dicho por el acreedor, en punto a haberse practicado la liquidación conforme a lo pactado. *El fedatario tiene que valorar, calibrar o enjuiciar*, de alguna manera, el cumplimiento de tal requisito". En este mismo sentido se manifiestaba la jurisprudencia al afirmar que "el art. 1435 contiene una exigencia que no puede quedar al margen de la intervención del Corredor, que es la de comprobar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada" (70).

Ahora bien, dentro de los que opinaban que el fedatario debía realizar una labor pericial existían opiniones dispares. Unos (71) defendían una posición *maximalista*, y eran partidarios de una revisión exhaustiva en la que habría de comprobarse incluso la procedencia y justificación de cada uno de los asientos de la cuenta y sus correspondientes fechas de valoración, en definitiva, de practicar una auténtica auditoría (72).

Un segundo grupo de autores (73) entendían que el examen del fedatario debía limitarse a "la comprobación de que los cálculos están bien realizados, en función de los tipos de interés y comisiones

(70) Sent. A.T. de Valencia de 15 de octubre de 1987.

(71) Ron Serrano, F.: "La determinación de la liquidez en las pólizas bancarias a los fines de ejecución". Boletín del Colegio de Abogados de Madrid núm. 6/1985; Martín Martín, J. A.: "Las reformas introducidas en el juicio ejecutivo y en materia de ejecución". Jornadas sobre la Reforma de la LEC, Consejo General del Poder Judicial, 1985; Cortés Domínguez, V.: "Comentarios a la Reforma de la LEC". Tecnos, 1985.

(72) En este sentido V. Cortés Domínguez (ob. cit., p. 706): " [...] Ello comportará, en no pocas ocasiones, realizar lo que comúnmente se entiende hoy como una auditoría, que demuestre fielmente que la liquidación se ha hecho de acuerdo con lo establecido en la propia póliza o escritura pública".

(73) Durán Brujas, M.: ob. cit.; Bonardell Lenzano, R.: ob. cit.; Torres López, Ignacio Javier: "Comentario a la reforma de art. 1435 de la L.E.C. por la Ley 34/1984, de 6 de agosto". Comunicación en las Jornadas de estudio sobre la reforma de la L.E.C. organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, 1985; Díaz Moreno, A.: "La prenda de anotaciones en cuenta". Revista crítica de Derecho Inmobiliario núm. 603, 1991 y LA LEY de 14 de julio de 1992; De la Oliva Santos, A.: "La Reforma de la LEC por la Ley de 6 de agosto de 1984. El nuevo art. 1435". VII Seminario de Fe Pública Mercantil, 1984, si bien este autor modifica su opinión posteriormente ("Nuevas consideraciones sobre el art. 1435 LEC: liquidez de los créditos bancarios en el juicio ejecutivo". LA LEY de 26 de septiembre de 1989) y afirma que estamos ante una norma "imposible, es decir, normas que, por su propia

pactados y de que el saldo se ajusta al movimiento de cargos y abonos, tomando como base los asientos que aparezcan y su fecha de valoración" (74).

Nosotros considerábamos (75) esta última postura más acorde con el propio precepto y desde luego más próxima a la realidad. Es claro que con la reforma del art. 1435 LEC-1881 se había buscado una mayor garantía para el deudor. No en vano la enmienda del Grupo Socialista a la que se debía la redacción definitiva de este artículo tenía como finalidad "reforzar la posición jurídica del deudor, evitando que la determinación del saldo quede al solo arbitrio de la entidad acreedora con dos mecanismos: la revisión por parte del fedatario y la coincidencia del saldo con la contabilidad". Nos alejamos así de una postura *formalista* que no obligaría al fedatario a entrar en el contenido de la liquidación. Pero aceptando la necesidad de revisión del fedatario nos queda delimitar cuales son los extremos que deben ser examinados por éste.

No cabe duda que un análisis pormenorizado de la cuenta realizando una verdadera auditoría nos daría una idea mucho más completa sobre la exactitud del saldo. Ahora bien, no estimo esta postura la más correcta por las siguientes razones:

1. La práctica de una verdadera auditoría conllevaría un tiempo excesivo que redundaría en perjuicio del acreedor y del deudor (que debería pagar más intereses de demora), así como de la propia rapidez y agilidad que presiden el juicio ejecutivo. Ello sin perjuicio de que los fedatarios no somos, por razón del cargo, auditores.
2. Para el cotejo de toda la documentación habría que contar con la colaboración del deudor, lo cual es impensable.
3. La propia LEC-1881 establecía y hoy establece la vigente, dentro del juicio ejecutivo un período probatorio en el cual tenía y tiene cabida, si es menester, una investigación más profunda de la documentación, sin perjuicio del posible proceso declarativo posterior.

---

imperfección, no se pueden cumplir ni aplicar". Los Magistrados Fernández López, J. M.; Gómez Herrero, L.; Lledó González, C. L.; Sánchez Herrero, J. R.; Sánchez y Sánchez, A. en las obras ya citadas.

(74) Durán Brujas, M.: Ob. cit., p. 124.

(75) Véase Nieto Carol, U.: Ob. cit., p. 7.

4. Cabe añadir como ha hecho DURAN BRUJAS(76) que "una interpretación gramatical del texto del art. 1435 no permite llegar a otra conclusión, ya que, por un lado, evita utilizar la palabra *auditoría* u otra equivalente que obligaría a un estudio más profundo, limitándose a hablar de acreditar que "la liquidación se ha efectuado en la forma..."; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el vocablo *liquidar*, entre otras acepciones, significa textualmente hacer el ajuste formal de una cuenta".

Hoy hay que entender que el examen del Notario debe limitarse a la comprobación de que los cálculos están bien realizados, en función de los tipos de interés y comisiones pactados y de que el saldo se ajusta al movimiento de cargos y abonos, tomando como base los asientos que aparezcan y su fecha de valoración. Así se deduce del precepto correspondiente del Reglamento Notarial (Redacción RD 45/2007, de 19 de enero). Concretamente el art. 218.4.º establece que "con los documentos contables presentados, el notario comprobará si la liquidación se ha practicado, *a su juicio*, en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo". No puede pedir más documentos y, desde luego, la entidad de crédito no le proporcionará los soportes documentales de cada apunte contable. Tampoco se contará con la colaboración del deudor por lo que cualquier "auditoría" queda descartada.

Otro de los aspectos que fue objeto de controversia fue el referente a quien debía ser el que realizase ese juicio de valor respecto a que la liquidación se había realizado de acuerdo con lo pactado en el título ejecutivo. Nosotros hemos venido dando por hecho que debía ser *el propio fedatario*, opinión ésta que era mayoritaria dentro la doctrina y la que mantuvo también la jurisprudencia (77). Sin

(76) Durán Brujas, M.: Ob. cit., p. 123.

(77) Así, la Sent. de la A.T. de Sevilla de 15 de octubre de 1987 considera insuficiente la certificación de Corredor en que éste "se limita a decir que... el acreedor manifiesta que la liquidación se ha hecho en forma".

La Sent. A.P de Palma de Mallorca de 20 de septiembre de 1989 (comentada en R.D.B.B. núm. 38, 1990): "Esta Sala en sus Sents. de 15 de septiembre de 1987 y 14 de mayo de 1988, ya señaló que la actuación del fedatario es doble: a) La de constatar la coincidencia entre el saldo del certificado y el saldo de la cuenta, y b) hacer constar asimismo que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes. De no ser así la

embargo había opiniones en contrario. Así un grupo reducido de autores (78) consideraba que el documento fehaciente podía limitarse a incorporar la opinión de un tercero que según el propio fedatario, fuera un experto en la materia (79).

Por mi parte me adherí (80) a la opinión del sector mayoritario de la doctrina y de la jurisprudencia que consideraba que debía ser el propio fedatario quien realizase el peritaje. Y ello por las siguientes razones:

1.ª Esta es la interpretación más coherente con la voluntad del legislador. Como hemos dicho anteriormente, la enmienda del Grupo Socialista que da la definitiva redacción al art. 1435 tenía como finalidad "reforzar la posición jurídica del deudor" para lo cual uno de los mecanismos introducidos fue "*la revisión por parte del fedatario*" de la liquidación realizada por la entidad acreedora. Y ya sabemos que el art. 1435 LEC-1881 es el antecedente de los arts. 571.2 y 573.1.2.º LEC.

Probablemente el legislador pretendía que en el documento fehaciente se diese fe de dos cosas: la coincidencia del saldo entre la certificación y la cuenta abierta al deudor y la correcta liquidación

---

finalidad de la reforma operada en el art. 1435 LEC, que es la de reforzar la posición del deudor evitando los posibles efectos perjudiciales derivados de un afijación de la cantidad líquida puramente unilateral". valora como determinante de la causa de nulidad del art. 1467,2 LEC la intencional elusión por el Corredor del doble contenido de la diligencia.

La Sent. de la A.P. de Valencia de 17 de mayo de 1990 considera inválido el documento fehaciente "porque el acreditamiento de haberse practicado la liquidación en la forma pactada debía hacerse por Corredor o Agente y en el documento no se pronuncia el Agente sobre este punto, sino que se limita a recoger lo manifestado sobre ello por alguien que no puede dotar de fehaciencia al hecho de que se trata".

En este mismo sentido, entre otras, las Sents. A.P. de Valencia de 26 de marzo de 1991 (A.C. Audiencias núm. 8, agosto 1991, p. 231) y A.P. de Palencia de 15 de julio de 1991 (LA LEY, 2 de enero de 1992, p. 3).

(78) Durán Brujas, M.: Ob. cit., p. 120; Cortés Domínguez, V.: Ob. cit., pág. 709.

(79) Así V. Cortés Domínguez (ob. cit., p. 706) considera "suficiente acreditación la certificación de un perito o técnico que hubiere examinado la cuenta del deudor".

(80) Véase Nieto Carol, U.: Ob. cit., p. 8.

de la deuda exigible. Lo que ocurre es que así como de la primera se puede dar fe ya que es un hecho que puede constatar el fedatario, no ocurre lo mismo con la segunda que implica un juicio de valor, una pericia, en tanto en cuanto es necesaria la realización de unos cálculos financieros e incluso de una interpretación del clausulado del contrato.

2.ª Coherentemente con esta voluntad del legislador de dar mayores garantías al deudor podemos sostener que esto se consigue con la intervención de un fedatario público como perito independiente ajeno a cualquier interés. De esta forma y dado que el fedatario se implica personalmente al acreditar que la liquidación realizada por la entidad acreedora es correcta y no deja a juicio de un tercero tal apreciación, el deudor tiene las garantías que se derivan de la actuación de un perito no *afecto* al acreedor y, sin perjuicio de los posibles errores de hecho del fedatario que puedan motivar la oposición alegando pluspetición (81), queda relevado de la carga de buscar un perito contradictorio para cerciorarse de tal liquidación.

Por su parte, el juzgador cuenta con un peritaje, un *auxilio técnico* en expresión de la Sent. 14/192 del T.C., del que a priori puede fiarse y así centrarse en el estudio de los restantes motivos de la *litis* que le serán más próximos y para los que está más preparado sin tener que entrar en temas contables y de cálculo financiero no siempre de fácil comprensión para el jurista no avezado en estas materias.

Hoy esto no parece discutible. Así se deduce del RN cuyo art. 218.3.º dice: "*el notario deberá comprobar*, y expresar en el documento fehaciente, que en el título ejecutivo las partes acordaron emplear el procedimiento establecido en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para fijar la cuantía líquida de la deuda.

Y el art. 218.4.º RN establece que "con los documentos contables presentados, *el notario comprobará* si la liquidación se ha practicado, a su juicio, en la forma pactada por las partes en el título ejecu-

(81) "Un error o defecto en el cálculo, y en aplicación de los intereses no determina la nulidad del juicio por iliquidez de la deuda, [...], sino la existencia de pluspetición" (Sent. A.P. de Valencia de 26 de marzo de 1991, Fundamento Jurídico 2.º. A.C. Audiencias núm. 8, agosto 1991).

tivo". Luego continúa diciendo: si el saldo fuere correcto, el *notario* hará constar por diligencia el resultado de *su* comprobación**.**

De lo visto podemos concluir respecto a la *naturaleza de la actuación notarial* que no es una actuación puramente fedataria: aunque da fe de la legitimidad de las firmas de los apoderados de la entidad de crédito y, lo que es más importante, de la inclusión en el contrato de préstamo del "pacto de liquidez", el *contenido sustancial* de este instrumento que es el control de, nada más y nada menos, que el importe que reclama el acreedor es el que se deriva de las condiciones pactadas en el título ejecutivo, es "pericial", "técnica", "valorativa", propia de una actuación profesional distinta de la fedataria pero, obviamente, susceptible de responsabilidad profesional.

VI.2. Forma del *documento fehaciente de liquidación*

El instrumentos notarial que debe adoptar este documento fehaciente de liquidación es el de *acta notarial*. Y ello por las siguientes razones:

1. Ubicación de su regulación en el Reglamento Notarial

Efectivamente, la subsección 6.ª denominada "Documento fehaciente de liquidación" está incluida en la Sección 4.ª denominada "*Actas notariales*", del Cap. II ("Del instrumento público"), del Tít. IV ("Del instrumento público") del Reglamento Notarial.

2. Las menciones que se hacen en los artículos del Reglamento Notarial

Así en el art. 218.1 RN, al decirse que el requerimiento podrá efectuarse por carta dirigida al Notario, continúa señalando: "quien legitimará la firma del remitente e incorporará al *acta*".

Igualmente la mención en el 4.c) del mismo artículo: "Que el saldo especificado en la certificación expedida por la entidad acreedora, *que se incorporará al acta de liquidación*, coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor".

Por su parte, el art. 219 RN, ubicado en la misma subsección, señala en su párrafo primero que "los notarios, a requerimiento de parte interesada, podrán autorizar *actas de liquidación*". Y continúa

diciendo: "Esta clase de *actas*, según el alcance del requerimiento, deberán contener los apuntes contables y el saldo final, así como la expresión de las condiciones en que se ha practicado la liquidación".

Y el párrafo segundo señala: "Estas *actas de liquidación* se acomodarán a los requisitos formales, materiales y de registro, establecidos en el artículo anterior, con las especialidades derivadas del requerimiento".

3. Sustancial y conceptual

La actuación del Notario consistente en comprobaciones y en un juicio de valor, así como la incorporación al instrumento notarial de la documentación aportada. Rige así el "principio de autoría" por lo que, obviamente, el documento fehaciente de liquidación sólo puede ser un "documento protocolar".

Y esta forma documental es, a mi juicio, esencial, por lo que en las ejecuciones extrajudiciales hipotecarias que el Notario no puede aceptar documentos fehacientes de liquidación que no adopte esta forma documental.

La alternativa que se ve pero que se rechaza es su incorporación al Libro Indicador. Y ello porque existe una confusión entre el "documento fehaciente de liquidación" y la "certificación de saldo". De acuerdo con el art. 264 RN, "los notarios llevarán un Libro Indicador. La sección segunda (82) de este libro se llevará mediante la incorporación de hojas numeradas en las que se reproduzcan los documentos testimoniados que constituyen su ámbito. Esta sección comprenderá los testimonios por exhibición, de vigencia de leyes, de legitimación de firmas, *las certificaciones de saldo* y de asiento que se realicen en soporte papel".

Como ya hemos señalado en otro lugar (83), la denominación "certificación de saldo" viene de los antecedentes históricos del art.

---

(82) Esta sección segunda, que el libro indicador es una colección de fotocopias de testimonios ordenada cronológicamente. (HUERTA TRÓLEZ, A: "El nuevo Libro Indicador", El Notario, mayo-junio, 2007.

(83) NIETO CAROL, U.: "Tema 33.-Archivo de Protocolos. El Libro-Registro: valor jurídico. Requisitos. Las certificaciones del Libro-Registro: valor jurídico. El Libro Indicador", en *Derecho Notarial* (Coord. J. Borrell), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 930.

1435 LEC-1881, cuya redacción era de 1984, que luego pasa a la vigente LEC (arts. 572.2 y 573.1.2.º). La Orden Ministerial de 21 de abril de 1950 disponía que en las pólizas de crédito intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio otorgadas por Bancos, Cajas de Ahorro o Sociedades de crédito, podía convenirse que la determinación del saldo del crédito al día de su vencimiento, realizada por la entidad acreedora, haría fe en juicio, considerándose líquida la cantidad certificada por el Banco en tal concepto, siempre que dicha certificación hubiera sido también intervenida por fedatario público mercantil, quien haría constar en la diligencia que extendía la coincidencia del saldo certificado por la entidad acreedora con el que resulte de la cuenta corriente abierta al deudor en los libros de contabilidad de la misma. Así, la determinación de la cantidad líquida quedaba completamente en manos de la entidad acreedora dejando que la actividad del fedatario mercantil, al constatar la coincidencia entre el saldo certificado y el saldo de la cuenta, fuese una mera cuestión de hecho que se ofrecía a la evidencia del mismo, a la vista de la documentación presentada por la entidad acreedora. No se exigía, por tanto, dictamen alguno del fedatario acerca de la determinación del saldo de la cuenta, sino simplemente la manifestación fehaciente de coincidencia entre el saldo expresado por la entidad financiera en su certificación y el que resulta de la cuenta que ésta tiene abierta a nombre de su cliente. Tras la nueva redacción del art. 1435 de la LEC-1881 pasó a distinguirse entre el "documento fehaciente de liquidación", en el que a la fe de coincidencia se le unía el juicio de valor de la correcta liquidación y la "certificación de saldo" en la que el fedatario se limitaba a dar fe de la coincidencia entre el saldo que constaba en la certificación bancaria y el que figuraba en la contabilidad de la entidad de crédito. Esta última se utilizaba en las reclamaciones de descubiertos en cuenta corriente y su única finalidad era no tener que incorporar la contabilidad a la demanda. En estos supuestos no cabía realizar un "documento fehaciente de liquidación" porque faltaba uno de los presupuestos de hecho: la existencia de un contrato debidamente intervenido por fedatario público.

Por último, este *documento fehaciente de liquidación* debe estar extendido en papel timbrado, y deberán aplicarse las reglas generales que resultan del artículo 31.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Re-

fundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y del artículo 154 RN (RDGRN de 17 de septiembre de 2012).

VI.3. Contenido del *documento fehaciente de liquidación*

Lo encontramos en el art. 218 RN en su redacción dada por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero al decir: "Cuando para despachar ejecución por el importe del saldo resultante de las operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida, conforme al artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sea necesario acompañar a la demanda ejecutiva, además del título ejecutivo el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en dicho título, tal como establece el artículo 573.1.2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el notario lo hará constar mediante documento fehaciente en el que se exprese la liquidación, que se regirá por las normas generales y especialmente, por las siguientes:

1.º Requerimiento:

De acuerdo con el número 1.º del art. 218 RN, el requerimiento "podrá efectuarse mediante carta dirigida al notario quien legitimará la firma del remitente e incorporará al acta".

Algún autor (84) se ha planteado que no hay juicio de capacidad, pero no hace falta; esto habría que planteárselo en la solicitud de venta extrajudicial (o en la demanda ejecutiva, lo que competerá al Juez). Pero aquí, el contenido esencial de este documento es el "juicio pericial", a lo sumo podría exigirse un "interés legítimo" que obviamente se da.

2.º Documentación a aportar:

La entidad acreedora entregará o remitirá al notario:

1. "El *título con efectos ejecutivos* de la escritura pública o de la póliza intervenida que haya de servir de título para la ejecución *o*, en

(84) Fernández de Senespleda, I., Izquierdo Blanco, P., Serra Rodríguez, A. y Soler Solé, G.: *Cláusulas abusivas en la contratación Bancaria*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2014, p. 177.

su caso, *testimonio notarial de dichos documentos*, salvo que el contenido del título ejecutivo resulte de su Protocolo o Libro-Registro".

Parece obvio que para comprobar la adecuación de los cálculos al contenido del título ejecutivo se entregue éste. Pero, también parece razonable que el acreedor no quiera desprenderse del mismo, por lo que será suficiente un testimonio. Y, lógicamente, si la escritura está en el Protocolo del Notario o la póliza intervenida en su Libro-Registro, no hace falta ni una cosa ni la otra.

2. "Una *certificación* por ella expedida, en la que se especifique el *saldo exigible al deudor*".

En definitiva, la cantidad que exige el acreedor y que debe ser objeto de comprobación por el Notario.

3. "Los *extractos contables* correspondientes**,** *debidamente firmados*, que permitan al notario efectuar las verificaciones técnicas oportunas".

Aquí no se pide, al igual que en la certificación, que se legitimen las firmas; no se hace necesario porque toda esta documentación acompaña al requerimiento que viene debidamente firmado y cuya firma o firmas sí habrá que legitimar. Ahora bien, sí se exige que vayan firmados y eso porque alguien debe responsabilizarse de su veracidad. No olvidemos que la contabilidad de la entidad acreedora se llevará por medios informáticos y, además, la cuenta de cada préstamo es interna sin reflejo como tal en su contabilidad real. Y ello, porque en el supuesto más habitual de un acreedor que sea entidad de crédito, los apuntes contables del abono del principal y del cargo de las cuotas de capital y de intereses se harán en la cuenta corriente (o de ahorro) del deudor, y aparecerán mezclados con el resto de cargos (recibos, transferencias emitidas…) y abonos (nóminas, transferencias recibidas…). Por eso, en todos los contratos de préstamo bancario, sin perjuicio de la cuenta corriente del cliente para el abono y los cargos, hay un número de préstamo que también se identifica, entre otros datos, por el código de oficina de la entidad de crédito.

Cosa distinta son los contratos de apertura de crédito bancario en cuenta corriente que, aunque con un código para distinguirlos de las cuentas corrientes bancarias, tienen un número único que lo

identifica con el mismo número de dígitos que el de dicha cuenta corriente.

Por otra parte, obsérvese que se dice "los *extractos contables* correspondientes**,** […], que permitan al notario efectuar las verificaciones técnicas oportunas". Por tanto, si el Notario no los considera suficientes para realizar su verificación, deberá solicitar los que considere necesarios y, en otro caso, negarse a autorizar el documento fehaciente. Aquí podemos incluir la práctica de entregar sólo los movimientos contables desde que el deudor ha dejado de pagar las cuotas en lugar de hacerlo desde el inicio del contrato.

4. "Si en el *contrato no se hubieren reflejado*, de forma explícita, *los tipos de interés o comisiones aplicables*, la *entidad requirente deberá acreditar* al notario *cuáles han sido estos*, haciéndose constar todo ello en el acta de liquidación". Esto sólo puede ocurrir cuando los tipos de interés o las comisiones son variables.

Por tanto, se exige una certificación adicional con los tipos de interés o comisiones aplicados a cada período. Ahora bien, el RN habla de "acreditar" lo que significa que no parece suficiente con decir cuáles han sido. Si el tipo de referencia es, como es regla general, uno de los tipos oficiales, bastará con decir el BOE en el que está publicado. Y si son de mercado, habrá que acreditarlo a través de la agencia correspondiente (Reuters, Bridge-Telerate…).

Y continúa el precepto reglamentario diciendo que "quedará incorporada al documento fehaciente la certificación del saldo y se insertará o unirá testimonio literal o en relación de los documentos contables que han servido para su determinación".

Personalmente creo que lo más "práctico" y seguro para el Notario es incorporar todos los documentos contables recibidos o, si así lo prefiere el acreedor, testimonio literal de los mismos; así quedan en el Protocolo todos los antecedentes para lo que pueda pasar en el futuro.

3.º Comprobaciones a realizar por el Notario:

Las comprobaciones a realizar son las siguientes:

1.ª *Inclusión* en el título ejecutivo del *pacto liquidatorio***.**

El notario deberá comprobar, y expresar en el documento fehaciente, que en el título ejecutivo las partes acordaron emplear

el procedimiento establecido en el artículo 572.2 LEC y en el art. 129.2.c) LH para fijar la cuantía líquida de la deuda.

2.ª Con los documentos contables presentados el notario *comprobará si la liquidación se ha practicado, a su juicio, en la forma pactada por las partes* en el título ejecutivo.

Como ya hemos dicho, estamos ante un "juicio técnico", susceptible de error y, por ende, de responsabilidad profesional. Pero no es una constatación de un hecho, de una manifestación o de un consentimiento de lo que se puede dar fe. Por eso debe expresar claramente que, "a su juicio", la liquidación realizada por la parte acreedora es correcta.

4.º Menciones obligatorias a realizar en el documento fehaciente:

Si el saldo fuere correcto, el notario hará constar por *diligencia el resultado de su comprobación*, expresando:

a) "Los *datos y referencias que permitan identificar a las personas interesadas*, al *título ejecutivo* y a la *documentación examinada* por el notario". Esto se consigue incorporando al documento fehaciente testimonio del título ejecutivo y toda la documentación contable o testimonio de la misma.

b) "Que, *a su juicio, la liquidación se ha efectuado conforme a lo pactado por las partes* en el título ejecutivo".

Asimismo podrá hacer constar cualquier *precisión* de carácter *jurídico, contable o financiero* que el notario estime oportuno. Aquí debemos referirnos a advertencias al Juez para que decida al respecto dentro del proceso de ejecución dineraria. Pero para la venta extrajudicial no hay esa "revisión judicial" por lo que hay que tener aún más cuidado si cabe.

Precisiones de *carácter jurídico*:

— Así, p.e., la advertencia de la utilización para el cálculo de los intereses *del año comercial (360 días) frente al año natural (365/366 días)*. Obviamente está pactado pero en los casos de ejecución dineraria debe ser el Juez si admite esta cláusula de cálculo de los intereses o la considera abusiva.

— *Vencimiento anticipado*. Recordemos que ello exige que se hayan impagado, al menos, tres cuotas periódicas o su importe equivalente (art. 693.2 LEC redacción dada por la Ley 1/2013: "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución"). No obstante, a pesar de ello, nos encontramos con una jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando menos "discutible" que inaplica este precepto (por considerar una cláusula con esta misma redacción como abusiva cuando concurren consumidores o usuarios).

En todo caso es claro que, si la entidad ha considerado anticipadamente vencido el préstamo, este hecho afectará a la liquidación ya que implica tanto la exigibilidad de todo el capital pendiente como el devengo de unos intereses de demora a partir de ese momento.

— Calculo de *intereses de demora*: el tipo máximo legal es del triple del interés legal del dinero (art. 114, tercer párrafo LH redacción dada por Ley 1/2013) en los préstamos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda, a pesar de haberse pactado uno superior. Y no pueden capitalizarse los intereses de demora a los que les afecta este límite legal. Sin embargo, aunque contrariando toda la jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo, a partir de la sent. de 22 de abril de 2015, ha fijado una regla "precisa". En el fallo "se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado", siguiendo el criterio previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal (cuya lectura aconsejo para darse cuenta de lo que es lo que algunos (85) denominan, "creación judicial del derecho propia de aquellas sentencias que parecen leyes").

(85) J. M. Otero Lastres: "Todavía hay mucha tela que cortar en las cláusulas suelo". Diario ABC, 30 de diciembre de 2016.

Precisiones de *carácter contable*:

Por ejemplo, cuando algunos de los cargos o abonos se han realizado en "fechas valor" distintas de las que deberían haberse hecho. Esto, obviamente, sólo es aplicable a las operaciones bancarias donde en contabilidad puede distinguirse "fecha de contabilización" de "fecha valor".

Hay que tener en cuenta que en los préstamos, una cosa es la cuenta corriente abierta a nombre del deudor, que tiene su reflejo en la contabilidad de la entidad de crédito y donde se produce el abono del principal y los cargos de las comisiones, de las cuotas de amortización e intereses y, en su caso, de los de intereses de demora y otra distinta la "cuenta del préstamo", que es una cuenta interna donde se refleja: el abono del capital prestado, el cargo de las comisiones y de los intereses ordinarios y de demora devengados y su consiguiente abono si es que efectivamente se pagan. Pero no tiene reflejo "externo", esto es, en la contabilidad de la entidad de crédito.

Precisiones de *carácter financiero*:

Entiendo que se refiere a las de carácter "calculatorio"; por ejemplo, cuando no se han capitalizado los intereses a pesar de que el título lo permita, o el hecho de no haberse cobrado intereses de demora o haberse hecho a tipos inferiores a los pactados, o simples errores de cálculo o de redondeo en beneficio del deudor. Por eso, a veces en lugar de decir que la liquidación se ha efectuado "conforme a lo pactado por las partes", se podría decir "dentro de los límites pactados por las partes".

Recalquemos que se refiere errores o cálculos realizados en beneficio del deudor porque no tendría sentido que en estos casos se exigiese su rectificación en perjuicio del de éste o se negase la realización del documento fehaciente cuando el acreedor renuncia a reclamarlas y prefiere poder ejercer la acción con mayor celeridad.

c) "Que el *saldo especificado en la certificación* expedida por la entidad acreedora, que se incorporará al acta de liquidación, *coincide* con el que *aparece en la cuenta abierta al deudor*".

Aquí el RN comete un error (del que somos responsables los que participamos en la redacción de este precepto, entre ellos quien suscribe). Estamos hablando de comienzos del año 2000 que fue

cuando se empezó a preparar la modificación del RN y cuyo texto definitivo data de julio de ese año aunque viera la luz en enero de 2007 (con algunas sustanciales modificaciones pero que no afectaron a este respecto). En aquellas fechas del año 2000 ya estaba aprobada la vigente LEC (Ley 1/2000) aunque entró en vigor un año después de su publicación el BOE y, por tanto, el 8 de enero de 2001.

Pero "pesaban" mucho los entonces casi 14 años de vigencia del art. 1.435, párr. 4.º LEC-1881. Este precepto exigía del fedatario público dos cosas: que acreditase haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincidía con el que aparecía en la cuenta abierta al deudor.

Pero el vigente art. 573.1.2.º LEC, sólo exige que el documento fehaciente "acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo" y no dice nada de la coincidencia del saldo, cosa, por otra parte, innecesaria ya que se aportará e incorporará al mismo testimonios tanto del certificado de la entidad de crédito como del extracto de la cuenta.

No obstante, puede y debe cumplirse esta exigencia que es una obviedad y no tiene más trascendencia.

d) "Que el documento fehaciente comprensivo de la liquidación se extiende a los efectos previstos en los artículos 572.2 y 573.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil". Entiendo que hoy habrá que añadir, también, a los efectos del artículo 129.2.c) LH. Como sabemos, la redacción de este precepto de la LH (2013) es posterior a la modificación del RN (2007) por lo que no pudo estar contemplado en éste.

Este mención es más que un mero "requisito formal" porque así nos permite distinguir este documento fehaciente de liquidación de las actas de liquidación que recoge el art. 219 RN y que no induzca a error a ningún Juez, ya que estas últimas pueden realizarse respecto al títulos no ejecutivos.

En efecto, a tenor de este precepto "los notarios, a requerimiento de parte interesada, podrán autorizar actas de liquidación relativas a cualesquiera cuentas o contratos no comprendidos en el artículo anterior. Esta clase de actas, según el alcance del requerimiento, deberán contener los apuntes contables y el saldo final, así como la expresión de las condiciones en que se ha practicado la liquidación. Estas actas de liquidación se acomodarán a los requisitos formales,

materiales y de registro, establecidos en el artículo anterior, con las especialidades derivadas del requerimiento".

Obsérvese cómo dice "relativas a cualesquiera cuentas o contratos *no* comprendidos en el artículo anterior", por tanto, contratos que *no* estén "formalizados en escritura pública o en póliza intervenida".

VI.4. Notario competente

No hay ningún precepto a este respecto por lo que hay que entender que no hay ningún criterio de competencia territorial; pero debería haberlo. Permítaseme que hable, por tanto, no de lo que es sino de lo que, a mi juicio, *debería ser*: no de *lege data* sino de *lege ferenda*.

En el ámbito de la ejecución dineraria fundada en los títulos ejecutivos del art. 517.2. números 4.º (escrituras públicas) y 5.º (pólizas intervenidas), el art. 557.1 LEC establece como causa de oposición la "pluspetición" (3.ª). Y el art. 558.2 LEC establece que en los casos a que se refieren los arts. 572 (saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida) y 574 (ejecución en casos de intereses variables) "podrá el Tribunal, a solicitud del ejecutado, designar mediante providencia perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda. En tal caso, se dará traslado del dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente a dicho traslado".

Por su parte, en la ejecución hipotecaria judicial, el art. 695.1.2.ª LEC recoge entre las causas de oposición, el "error en la cantidad exigible". En este caso el Secretario Judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que oirá a las partes.

Pues bien, en ambos casos parece razonable que si el dictamen difiere del documento fehaciente elaborado por el Notario, o si se rebate la cantidad exigible, se haga comparecer a éste o, por lo menos, haga alegaciones al informe del perito o a los errores opuestos. Se da aquí, en ambos casos, una "conexión territorial" con el Juzgado competente que será el del lugar de cumplimiento de la obligación o ante el de cualquier en que se encuentren bienes del ejecutado (art. 545.3 LEC).

Y qué decir de la venta extrajudicial ante Notario:

1.º Que no cabe la "oposición por pluspetición", por lo que el documento fehaciente adquiere aún mayor relevancia. La objetivación de su elaboración debe ser aún mayor si cabe que en la ejecución dineraria.

2.º Que la venta extrajudicial, cuando hay más de un Notario hábil para actuar en el lugar donde radique la finca hipotecada, se llevará a cabo por el que corresponda con arreglo a turno.

3.º Que por prestigio corporativo y para dar una mayor imagen de independencia no es buena la concentración de determinadas actuaciones notariales en muy pocos Notarios, cuya actuación masiva puede llevar a la idea de una actuación no suficientemente "elaborada".

Todo ello nos permite considerar deseable de *lege ferenda* que se estableciese mediante modificación del RN como Notario competente para la autorización y elaboración del *documumento fehaciente de liquidación*, el que lo fuera en el partido judicial competente para despachar la ejecución dineraria o el del lugar donde radique la finca hipotecada para las ejecuciones hipotecarias y en las ventas extrajudiciales ante Notario. Como alternativas podrían platearse ampliar a los de los distritos notariales colindantes para evitar una sobrecarga, en su caso, de plazas con un único Notario. También cabría plantearse directamente que fueran por turno, al menos en las ventas extrajudiciales, incluso que fuera realizado por el mismo Notario a quien, también por turno, le correspondiera la venta extrajudicial.

En fin, toda actuación normativa destinada a que una actuación Notarial de esta trascendencia se haga con el exigible rigor siempre sería bien recibida.

LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR CAUSA DE INGRATITUD DEL DONATARIO

Aurelia María Romero Coloma
Doctora en Derecho
Abogada. Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Cádiz

Palabras clave: Donación; donatario; ingratitud; revocación.

Resumen: Es la ingratitud del donatario una de las causas que el legislador civil español contempla como causa de revocación de la donación, o donaciones, ya efectuada. Interesante es resaltar que, al igual que ha sucedido, recientemente, con el tema de la desheredación de hijos y/o descendientes por maltrato psicológico, la revocación de donaciones, en la actualidad, está adquiriendo una cierta expansión, teniendo en cuenta, muy acertadamente, a mi juicio, que un comportamiento reprochable por parte del donatario, que ha recibido un liberalidad del donante, debería ser tenido en cuenta a efectos de revocar esa donación hecha en su día, contando con los cauces legales oportunos y permitiendo al donante, de alguna manera, sancionar la conducta, censurable, de la persona a la que, con total liberalidad, otorgó una donación.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA INGRATITUD COMO CAUSA DE REVOCACIÓN DE DONACIONES

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Según el artículo 618 de nuestro Código Civil, "la donación es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta."

La donación es, en consecuencia, un acto de liberalidad, un acto gratuito, de carácter dispositivo y aceptado por el donatario. Su nota más característica es, precisamente, la ausencia de onerosidad y porque quien lo realiza no recibe a cambio ninguna contraprestación, si bien es cierto que nuestro Código Civil sitúa, en el marco de las donaciones, las que tienen carácter modal, con carga o causa onerosa –artículos 619 y 622–, en las que al donatario se le impone un gravamen, o una prestación de tipo modal, pero, en cualquier caso, ese gravamen ha de ser inferior al valor de lo donado.

Savigny vio la esencia de la donación en un empobrecimiento del patrimonio del donante, con un correlativo enriquecimiento del patrimonio del donatario (1). La gratuidad de la donación hay que medirla siempre de forma objetiva, al paso que la liberalidad exige una especial intención o ánimo al que, en ocasiones se le ha denominado como animus donandi o como ánimo liberal.

La donación, una vez cumplidos los requisitos exigidos legalmente, es irrevocable. No obstante, nuestro Código Civil autoriza, en especiales supuestos, de interpretación estricta y no susceptible de aplicación analógica, la revocación de la donación. Ello tiene lugar cuando se produce un cambio en la voluntad del donante, que se dirige a dejar sin efecto el negocio jurídico.

A este respecto, es muy interesante el artículo 648 del Código Civil, al establecer que "también podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud, en los casos siguientes: 1.º si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante;

2.º si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo

(1) Savigny: *Sistema del Derecho Romano actual*, Editorial Comares, Granada, 2016.

pruebe; a menos que el delito se hubiere cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad."

3.º si le niega indebidamente alimentos.

Seguidamente voy a analizar la evolución histórica de la donación y de la ingratitud como causa de revocación en el ámbito de nuestro Ordenamiento Jurídico.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA INGRATITUD COMO CAUSA DE REVOCACIÓN DE DONACIONES

Hay que tener en cuenta que la figura jurídica de la donación ha venido manteniéndose inalterable en su integración progresiva en nuestro Derecho y desde su origen, que se sitúa, precisamente, en estudios doctrinales en torno al año 317, tal como resalta Sánchez Román (1), cuando Constantino el Grande otorgó, de forma gratuita, al Papa Silvestre, y bajo el título de "Donatio", una serie de privilegios y bienes materiales por haberle sanado de la lepra.

Pero la auténtica cimentación jurídica de este contrato se produjo durante el Imperio Romano y, con ello, la potestad en su revocación. Justiniano determinó que, una vez perfectas, las donaciones no podían revocarse sin motivo, pero incluyó en uno de estos motivos el concepto de "ingratitud".

Siguiendo las directrices del Derecho Romano –como en tantas otras ocasiones–, nuestro Ordenamiento Jurídico reguló la donación por primera vez en el Código de las Siete Partidas, definiendo ésta como "aquella liberalidad que se hace con la intención de que la cosa se transmita del que la recibe y no vuelva más a él", lo cual daba a entender que la donación inter vivos tenía el carácter de irrevocable. No así, en cambio, la donación mortis causa, al entenderse ésta básicamente como revocable, bien por fallecimiento del donatario ocurrido con anterioridad a la muerte del causante, o por curación o remoción de la causa –enfermedad o peligro– que movió al donante a hacer la donación, y meramente por el hecho de arrepentirse antes del fallecimiento.

Ya en la Partida V se incluían las donaciones inter vivos y mortis causa, siguiendo el concepto y el parámetro romano de la institu-

ción citada, estando vigente esta regulación hasta la promulgación del Código Civil.

Por contraste, el antiguo Derecho germánico no concebía la idea de un acto de liberalidad sin otro de correspondencia. Es decir, la donación constituía, en realidad, una deuda del donatario, un verdadero contrato oneroso, que daba lugar a una acción semejante a la del contrato de préstamo, con el que, en determinadas ocasiones, llegó a confundirse.

El movimiento codificador mantuvo su carácter restrictivo. La Novísima Recopilación de 1805, en su Libro X, Título VII, decía lo siguiente: "Las donaciones hechas en sanidad sin manda, no la puede quitar aquel que la dio, sino por las razones que manda la ley, esto si fuere hecha la donación tal así como manda la ley."

El artículo 281 del Proyecto de Código Civil de 1851, siguiendo esta misma línea, mantuvo que "las donaciones inter vivos son un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere, desde luego irrevocablemente al donatario, la propiedad de las cosas donadas." Este inmovilismo dogmático fue mantenido también por el Código Civil de 1889, que dotó a la donación de una naturaleza irrevocable, pero permitiendo, a un tiempo, una revocabilidad discrecional en supuestos tasados, al hilo del artículo 644, "por razones de supervivencia o superveniencia de hijos y, por razón de ingratitud", y "por causa de ingratitud" en los supuestos enumerados en el artículo 648.

Quedaba, así, anclada la interpretación de la ingratitud como causa de revocación de las donaciones, manteniendo el anclaje de la excepcionalidad de la revocación, así como la certeza en la prueba del hecho, aunque tímidamente se fueron realizando algunos avances que, sin embargo, no dieron pie ni permitieron abandonar la absoluta rigidez, y falta de flexibilidad, de las causas de revocación.

Una antiquísima Sentencia, dictada el 16 de diciembre de 1867, llegó a cohesionar el carácter eminentemente personal de la acción derivada del artículo 648 del Código Civil.

Un paso más lo constituyó la Sentencia de 13 de junio de 1935, en un supuesto que partía de una condena penal por coacciones, al haber empleado el donatario la fuerza y violencia en la persona de su madre, apoderándose de ella contra su voluntad y conduciéndola en un automóvil preparado al efecto, a casa de un vecino de Tarrasa. En este supuesto, no se entró a valorar la causa de ingratitud,

sino de nulidad de la donación por falta de consentimiento, sin que fuera óbice que la Sentencia penal no se hubiera pronunciado sobre el alcance de la coacción. En este supuesto, lo que se hizo fue buscar una vía resolutiva de la donación, pero no fundándola en la causa de la ingratitud, sino por existencia de vicio en la formación del consentimiento.

Es evidente que nuestro Código Civil de 1889 mantuvo a la donación de una naturaleza irrevocable, pero permitiendo una revocabilidad discrecional en supuestos tasados, al hilo del artículo 644, "por razones de supervivencia o superveniencia de hijos, y por razón de ingratitud", en los casos enumerados en el artículo 648.

Conviene realizar, aunque sea brevemente, un análisis de nuestra doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de la ingratitud como causa de revocación, ya que siempre se ha dejado anclada la excepcionalidad de la revocación, así como la certeza en la prueba del hecho, si bien se fueron, con el paso del tiempo, llevando a cabo tímidos avances, pero sin abandonar en ningún momento la rigidez de las causas.

Una interesante Sentencia de 16 de diciembre de 1867 cohesionó el carácter eminentemente personal de la acción derivada del artículo 648 del Código Civil, al paso que la Sentencia de 19 de junio de 1935 partió de un supuesto en que había una condena penal por coacciones, al haber empleado la fuerza y la violencia en la persona de la madre del donatario, apoderándose de ella contra su voluntad y conduciéndola en un automóvil preparado al efecto, a casa de un vecino de Tarrasa. Aquí, la Sentencia no entró a valorar, como hubiera sido lo obvio, la causa de ingratitud, sino de nulidad de la donación por falta de consentimiento, sin que fuera óbice que la Sentencia penal no se hubiera pronunciado sobre el alcance de la coacción. Se buscó una vía resolutiva de la donación, pero no a través de la causa de ingratitud, sino por medio de la existencia de un vicio en la formación del consentimiento. Ese vicio, evidentemente, fue la coacción ejercida sobre la donante.

Una Sentencia de la Sala primera de nuestro Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1969, partió de la conducta irrespetuosa observada por el demandado frente a su madre anciana y enferma, y respecto a su negativa a prestarle alimentos, estableciendo, en el razonamiento contenido en el segundo de sus Considerandos que "aun cuando, por lo general, la acción derivada del artículo 648 del

Código Civil presenta un carácter eminentemente personal, no por ello debe olvidarse que su finalidad se dirige a dotar al donante de un medio coactivo y psicológico para obligar al donatario al cumplimiento de sus deberes morales que el ius gratitudinis le impone, y que presenta las características de una verdadera unción penal de tipo económico cuyos efectos pudieran verse frustrados cuando su titular se viera impedido para utilizarla por causas ajenas a su voluntad, razón por la cual nuestro Código Civil, que sustenta aquel restringido criterio en sus artículos 647, 648 y 652, al exigir que la revocación se obtenga a instancia del donante, la suaviza en cambio, cuando redacta el artículo 653 en el sentido de que dicha acción no se transmitirá a los herederos del donante."

Una evolución más marcada, por lo que respecta a este tema de la revocación de donaciones, se observa en la interesante Sentencia de 23 de octubre de 1983, al expresar que el indulto, en causa penal, no enerva la causa de revocación de la donación hecha por los padres a la hija, a pesar de que se había producido el sobreseimiento del sumario. Esta donación, según la propia Sentencia expresó de manera gráfica y contundente, había sido hecha debido al cariño y afecto que los padres donantes profesaban hacia su hija, y como anticipo y a cuenta de sus derechos legitimarios paterno y materno, tal como constaba en la escritura de 3 de mayo de 1973. La Sala estimó que la conducta delictiva incriminada en el sumario comprendía, en el relato que abría las actuaciones, lesiones causadas al padre, y coacciones y vejaciones producidas tanto al padre como a la madre. Esas coacciones y vejaciones tienen un carácter o naturaleza indudablemente penal, si bien no llegaron a ser calificadas de punibles, y, en consecuencia, debían ser sancionadas por la correspondiente jurisdicción penal. Sin embargo, se produjo un indulto anticipado de la conducta de la procesada, lo cual no impide que esa conducta, socialmente reprochable, se enjuiciara y calificara por el Juez civil, a los efectos, únicamente, de fundamentar la ingratitud que se encuentra en la base de la acción revocatoria ejercitada, la cual no podía quedar detenida a pesar de haberse producido el indulto –indulto que siempre es un acto de gracia referido a la conducta penal relevante–.

Esta Sentencia puso de relieve que se podría llegar al absurdo de que, de toda la gama de delitos que el Código Penal español tipifica en su texto punitivo, sólo quedara determinada la ingrati-

tud, a efectos de la revocación, a aquellos delitos contra la vida y la integridad corporal, además de los que lo fueren contra la honra –hoy en día, delito contra la libertad sexual– y los atentados contra la propiedad, dándose a éstos últimos una acusadísima preferencia como reveladores de ofensa al donante víctima de ellos, sobre aquella otras conductas más graves, como lo son los delitos contra la libertad, la seguridad, la honestidad (en la actualidad, como ya ha quedado reseñado, libertad sexual), que quedarían excluidos de la nota de ingratitud, lo cual, tal como afirmaba esta Sentencia, agudizaba los problemas que suscitó la interpretación literal del Código, produciendo un sensible vaciamiento de lo que constituye el núcleo de la conducta civilmente intolerable, cual es la ingratitud del donatario, que resultaba, de este modo, absolutamente condicionada a la hora de la revocación de las donaciones, poniendo en comparación la revocación de donaciones con la desheredación y la indignidad para suceder, al estimar que mayor severidad ha de bascular del lado del donatario, que todo lo debe al donante, al paso que la Ley y los vínculos familiares, que están en la base de la herencia, abonan, en cambio, según esta Sentencia, la tesis favorecedora del heredero.

Desde mi punto de vista, esta Sentencia incurría en una contradicción palpable: la revocación de las donaciones, sí es cierto, estaba sometida a unas circunstancias muy condicionadas, y de gran severidad, pero ello no es óbice para defender una tesis favorecedora de los herederos o legitimarios forzosos, sino que, precisamente, por existir lazos familiares y vínculos, en consecuencia, de consanguinidad es por lo que las causas de desheredación deberían flexibilizarse y no ser tan rígidas, un reto que, sin duda, se está superando en la actualidad, gracias a la admisión por nuestro Tribunal Supremo del maltrato psicológico como causa de desheredación de hijos y demás descendientes.

La Sentencia de 19 de noviembre de 1987 estimó, también con gran acierto, a mi juicio, que la causa de revocación de donaciones concurre no sólo cuando haya delito declarado, haciendo hincapié en que no había que reconducir la causa al Código Penal en concreto, sino que la norma civil había de interpretarse, como ya hacía gran parte de la doctrina científica, en el sentido de que no es preciso, para que se produzca el efecto revocatorio, que se trate de uno de los delitos tipificados en el Código punitivo, delitos contra las per-

sonas, la honestidad o la propiedad, sino que el precepto civil está referido a todos aquellos actos por los cuales el donante resultare ofendido y que revelen, a un tiempo, ingratitud. Tal como afirmaba esta Sentencia, "así lo es, sin duda, la condena por un delito de coacciones que afecta a la libertad y seguridad de la persona del donante, puesto que es innegable que un delito de esa naturaleza recae directamente sobre la persona física del sujeto pasivo, que se ve constreñido o coartado en su libertad de conducta, sea ésa lícita o ilícita, y sufre personalmente los efectos de la conducta del agente o sujeto activo del delito."

Lo que esta Sentencia reflejaba, desde mi punto de vista, suponía un cierto avance, aún tímido, no obstante, en relación con el requisito de ingratitud del donatario para revocar donaciones realizadas por el donante y que ese requisito iba haciéndose más laxo, como, con toda evidencia, es de justicia que sea. Así pues, bastaba ya con la existencia de una conducta socialmente reprobable o condenable, siendo ésta suficiente para la revocación, y sin necesidad de que, formalmente, hubiera sido declarada delictiva o constituyera delito en sí misma considerada.

Un paso atrás, en este sentido, dio, sin embargo, la Sentencia de 13 de mayo de 2000, que mantuvo la postura inicial tradicional y, por lo tanto, la interpretación rígida y restrictiva, al estimar que no toda ingratitud de los donatarios da lugar a la causa de revocación, sino tan sólo los casos concretos y determinados establecidos en el artículo 648 del Código Civil, matizando que "las donaciones inter vivos, como cualquier otro contrato, es irrevocable, en el sentido de que pueda dejarse sin efecto por la sola voluntad del donante, sin embargo, en esta modalidad contractual se permite la revocación en ciertos supuestos establecidos en la ley, entre los que se comprende el de ingratitud, en cuanto la donación impone, sin duda alguna, el cumplimiento de ciertos deberes morales, *ius gratitudinis* del donatario con referencia al donante, que entiende la parte recurrente han incumplido los demandados; ahora bien, en nuestro sistema legal no toda ingratitud de los donatarios da lugar a la causa de revocación, sino solamente los casos concretos y determinados que señala el artículo 648 del Código Civil..."

Esta última Sentencia citada declaró que, en cualquier caso, no todo acto que implique ingratitud es suficiente para que prospere la acción de revocación de la donación, sino solamente los contenidos

en alguno de los tres supuestos del artículo 648 de nuestro Código Civil, supuestos que no fueron probados en autos y que, debido a su carácter penal, habían de ser interpretados de forma restrictiva, no cabiendo extender los casos de ingratitud más allá de los supuestos establecidos en la Ley.

Habría que resaltar que la acción de revocación por ingratitud es también de carácter marcadamente personal, tal como, en su día, pusieron de relieve Díaz-Picazo y Gullón Ballesteros (2), no afectando a terceros que hubieren adquirido del donatario, o que tuvieran constituidos derechos reales sobre los bienes donados, salvo que la adquisición se produjera después de anotada la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad, en función del artículo 649 del Código Civil. Dado esta carácter, la restitución abarcará, en consecuencia, al valor de los bienes enajenados que no se pudieran reclamar de terceros, atendiendo al tiempo de la donación para regularlo, en armonía con el artículo 650 del citado corpus legislativo civil.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2010 entró a considerar si era revocable una donación de bienes hecha por una madre a su hija, la cual le había imputado, en escrito de acusación, el asesinato de su padre. Efectivamente, el artículo 648.2.º de nuestro Código Civil establece que constituye causa para que el donante pueda revocar la donación que el donatario le impute alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad. Esta disposición recoge una de las antiguas causas de ingratitud admitidas por la doctrina anterior al Código Civil francés que, bajo la denominación "injurias atroces", consdieró que eran causa de revocación de las donaciones aquellos hechos realizados por el donatario que tienden a destruir la reputación del donante, añadiendo que "incluso en los casos en que la imputación fuera verdadera".

(2) Díaz-Picazo, Luis y Antonio Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho Civil. Teoría General del Contrato*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979.

Esta causa de revocación se ha mantenido en nuestro Código Civil, cuya redacción original no se ha modificado, a pesar de que Ordenamientos más modernos la tratan de una forma más abierta.

Parte de nuestra doctrina ha estimado que basta, para la revocación, con la mera imputación. Otro sector doctrinal estima que es necesaria, como requisito sine qua non, la denuncia, pero esta última tesis olvida lo establecido en el artículo 261.2 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que no están obligados a denunciar los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente.

Otra parte de la doctrina considera que la expresión "imputare" consiste en la persecución judicial efectuada por el donatario al donante y, por ello, la actitud que genera ingratitud es la persecución del delito, pero no su simple o mera imputación o denuncia.

En el caso de autos, no podía entenderse que se hubiera producido una imputación de delito, al declararse la nulidad de la personación de la donataria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De este modo, la expresión "imputare" significa sólo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria, pero, como en este caso, la hija donataria, no podía ejercer la acción penal contra la donante, se declara la nulidad de esta acusación.

Bajo mi punto de vista, estimo que la mera acción de imputar la donataria un delito a su madre –donante– revela un comportamiento que, al margen de la ausencia de requisitos formales para constituir una auténtica imputación, sin duda puede calificarse como de ingratitud y, muy en especial, de desafecto hacia su madre.

La Sentencia de 20 de mayo de 2011, también del Supremo, entró a considerar si la demandante –donante–, que había ingresado sus retribuciones en el Club Virunga, integrado en el Opus Dei, y aceptado una forma concreta de vida, que implicaba la renuncia o dación a los fines de la organización religiosa a la que pertenecía de los ingresos habido en su trabajo, en cumplimiento, precisamente, de los fines vitales religiosos, que en tal organización abrazó, no pueden suponer ni implicar la creación de un título jurídico que suponga la obligación de prestar alimentos a la actora por dicha organización, ni menos aún que implique la existencia y prueba de una donación modal, con la regulación que de la misma se efectúa en el Código Civil.

La obligación de alimentos, que fue invocada en el caso de autos, fue indebidamente alegada, por lo que se procedió a desestimar el recurso de casación, ya que ese derecho a alimentos nunca se pactó, ni se pudo deducir de un régimen de vida aceptado por la propia demandante.

La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2012 entró a interpretar el alcance del artículo 648 del Código Civil, sistematizando la doctrina jurisprudencial y la exigencia formal del "valor de las cargas" en la donación de bienes inmuebles en escritura pública, en función del artículo 633.1.º del citado corpus civil.

En primer lugar, esta Sentencia declaró que los hechos tipificados como causa de ingratitud tienen un carácter tasado, conforme al principio de legalidad que rige nuestro sistema codificado en esta materia, que permanece inalterado, tal como declaró la Sentencia, entre otras, del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2000.

En segundo lugar, la descripción o contenido de las causas tipificadas sí que puede ser objeto de interpretación. Por lo que respecta a "la comisión de algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante", ya había precisado la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995 que la literalidad de las expresiones utilizadas no debían adscribirse a títulos concreto del Código Penal, sino que el precepto debía interpretarse de conformidad y en relación a todos aquellos delitos por los que el donante pudiera resultar ofendido en su gratitud o liberalidad, siendo ello suficiente para operar el efecto revocatorio de la norma.

Tampoco resulta, en armonía con lo expuesto, necesario, a tal efecto, que se previamente se haya producido una Sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado. Pero de ello no hay que inferir que baste con una conducta social o éticamente reprobable, sino que tiene que revestir o proyectar caracteres delictuales, aunque no estén formalmente declarados como tales, tal como afirmó la Sentencia de 5 de diciembre de 2006.

En el caso de autos –Sentencia anteriormente citada, de 18 de diciembre de 2012–, no se dio el hecho relativo a la presunta agresión y maltrato, que afectaba a la hija de la donataria, e incluso fueron archivadas las actuaciones penales. Posteriormente, se produjo una apertura de diligencias previas por denuncia falsa de la donante, y

de igual forma ésta manifestó que los objetos que afirmaba le habían sido sustraídos los tenía inadvertidamente en su poder.

Por todo ello, ante la ausencia de reconocimiento formal, en la escritura de donación, de la pretendida carga o modo, y la falta de proyección delictual de la conducta de la donataria, no prosperó la vía del artículo 648 del Código Civil como causa de ingratitud. Por lo que respecta al otro razonamiento, referido a que la donataria se aprovechó a la debilidad de carácter de la donante, el supuesto lo constituiría, desde el punto de vista jurídico, un vicio del consentimiento, pero no estaría integrado, ni sería factible, en el marco de la ingratitud de la donataria.

Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 6 de marzo de 2015, declaró improcedente la revocación de la donación por ingratitud del donatario. La ingratitud la fundamentaba el donante en las continuas humillaciones del hijo, así como en la lesión de los derechos fundamentales de la persona, por una actitud ofensiva y virulenta, culminando con una denuncia que el hijo formuló contra su progenitor, con el resultado de la detención del padre. Efectivamente, se afirmaba en el recurso interpuesto por el progenitor que la conducta del hijo era socialmente reprobable y condenable, puesto que había interceptado correos y revelado secreto de la empresa de su padre, entre otras conductas merecedoras de reproche. También invocaba que el donatario había imputado al donante la perpetración de un delito, puntualizando que el progenitor no había cometido ningún delito contra los bienes del hijo, sino que era su propio hijo el que le estaba calumniando, imputándole unos hechos falsos.

La Sentencia de Instancia estimó que los correos electrónicos que se remitieron entre las partes mostraban una degradación progresiva de la relación familiar, centrando su análisis en la revocación de la donación por la imputación, por el hijo al padre, de un delito que podía dar lugar a un procedimiento de oficio. El progenitor afirmaba que su hijo le había faltado al respeto, habiéndole maltratado psicológicamente y denunciándole falsamente, lo cual había provocado un modo de actuar reprobable, aludiendo en la demanda a todo el texto del artículo 648 del Código Civil, pero sin que se puntualizara de una forma precisa en qué causa o causas del citado precepto sustentaba su petición.

La Sentencia dictada en apelación declaró que los hechos tipificados como ingratitud tienen un carácter tasado, conforme al principio

de legalidad que rige nuestro sistema codificado en esta materia y que permanece inalterado. Y ya en un segundo plano, la Sentencia afirma que la literalidad en la descripción o contenido de las causas tipificadas sí que puede ser objeto de interpretación. En este sentido, por lo que respecta a la causa "comisión de algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante", no basta, como ya ha quedado reseñado anteriormente, una conducta sólo social o éticamente reprobable, sino que tiene que revestir o proyectar caracteres delictuales, aunque no estén formalmente declarados como tales. De ahí que el Juzgador de Instancia, partiendo de la imprecisión de los hechos invocados, lo rechaza, porque estima que lo que se ponía de manifiesto era una degradación progresiva de la relación familiar, criterio que es cierto, ya que tanto el padre como el hijo mantuvieron un cruce de acusaciones sobre el comportamiento recíproco, y de los correos electrónicos que la parte destacaba en su escrito de demanda únicamente se advertían serios reproches, pero no conductas que revistieran características delictuales.

Respecto de la segunda de las causas de revocación, la concerniente a la imputación al donante de un delito, los hechos denunciados por el hijo según estimó la Sentencia de instancia, se perpetraron por el padre contra sus bienes.

Por fin, la Sentencia de 10 de julio de 2015 entró a considerar si el desafecto, en cuanto conducta ética y socialmente reprochable, podía constituir, o no, causa legal de revocación de donación.

Hay que resaltar que no toda ingratitud del favorecido por donación hacia su benefactor ha de jugar para revocar tal acto jurídico, sino sólo por los motivos tasados en el Ordenamiento Jurídico. Las situaciones de desafecto no constituyen por sí causa legal de revocación de la donación.

Sin embargo, tras la doctrina jurisprudencial que he citado anteriormente, es carismático resaltar la interesante y, por fin, esclarecedora Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo en fecha 20 de julio de 2015, que, por fin, reconoció que el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debía quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1.º del Código Civil, que entro a analizar a continuación.

El recurso planteó, como cuestión de fondo, la interpretación del artículo 648.1.º del Código Civil, en relación al maltrato, bien de obra, o bien psicológico, como causa de ingratitud del donatario en

orden a la revocación de las donaciones efectuadas, conforme a la interpretación de esta figura de acuerdo con la realidad social del tiempo presente y el espíritu y finalidad de la norma, en función del artículo 3.1 del Código Civil.

La Sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la causa de ingratitud prevista en el artículo 648.1 y, en consecuencia, la revocación de las donaciones efectuadas.

La Sentencia acogió la doctrina mayoritaria, interpretando el artículo 648.1 no desde su mera literalidad, sino desde el sentido de que no es preciso, para que se produzca el efecto revocatorio, que se trate de uno de los delitos expresamente contemplados en dicho precepto, bastando la realización por el donatario de comportamientos socialmente reprobables o condenables, por los que el donante resulte ofendido y revelen ingratitud. Al hilo de esta posición doctrinal, estimó que quedó acreditada que la donataria había mostrado ingratitud hacia los donantes, sus padres. Así se infería del acto del juicio, y de las pruebas documental y testifical practicadas, desprendiéndose que el comportamiento de la donataria, durante los últimos años, no era el que debía tener un hijo con relación a sus progenitores, en especial desde el año 2008, a finales, desde el que dicha desconsideración y maltrato se colmaron cuando la donataria propinó una bofetada a su padre, insultando gravemente tanto a éste como a su madre. Fueron éstos los hechos que motivaron que los progenitores modificaran sus respectivos testamentos, en el sentido de contemplar la desheredación de la hija.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Sentencia de la Audiencia revocó la de Primera Instancia. Así, con relación a la interpretación del artículo 648 del Código Civil, estimó que es de interpretación restrictiva y que sus causas son taxativas, es decir, numerus clausus, de forma que no cabe la integración del maltrato o desconsideración denunciado en ninguna de las causas contempladas por la norma.

Tanto la parte demandante como la apelada interpusieron recurso de casación.

La Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo –desde mi punto de vista, estamos ante una resolución judicial impecable desde el punto de vista jurídico– entra a abordar la interpretación del artículo 648.1 de nuestro Código Civil, por lo que respecta al maltrato de obra o psicológico, porque destaca, con agudeza, que la

interpretación ha de ser flexible, fundamentada, además, en la falta de precisión técnica con la que se refiere el concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos –persona, honra y otros bienes–, por lo que el precepto ha de ser interpretado en sentido laxo, con relación a cualquier posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, así como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una Sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado, bastando la existencia de una conducta socialmente reprobable y que, revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante.

La Sentencia, con impecable lógica y, a mi juicio, fundándose en razones de pura lógica jurídica y equidad, afirmó, asimismo, que el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debía quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil, al revestir o proyectar caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta al donatario que infringe dicho deber básico de consideración hacia el donante.

Desde mi punto de vista, la causa de ingratitud del artículo 648.1 de nuestro Código Civil quedaba, además, agravada al tratarse de una relación filial, y habiéndose exteriorizado, por parte de la hija de los donantes, en diversos actos o episodios de trato despectivo y humillante, que culminaron en una bofetada a su padre y en insultos graves e injurias a su madre.

José Domingo Monforte expresaba que esta Sentencia hacía una adecuada, y no arbitraria, aplicación de la realidad social en la interpretación de la norma, en equilibrio armónico dentro de los límites y fronteras de dicha función interpretativa (3), no bastando con los elementos gramaticales y lógicos, ya que la Ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, siendo preciso que estos dos elementos citados sean reforzados y controlados por la aplicación del elemento denominado socioló-

(3) Domingo Monforte, José: "Revocación de la donación por incumpliento del *ius gratitudinis*. Maltrato psicológico, en revista *El Notario del siglo xxi*, noviembre-diciembre 2015, núm. 64.

gico, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de las comunidades en cada momento histórico.

CONCLUSIONES

Incluir el maltrato, no ya sólo de obra, físico, sino también el psicológico como hecho integrado en la causa de revocación de donaciones por ingratitud, en función del artículo 648.1 de nuestro Código Civil, no sólo es un acierto jurídico, desde mi punto de vista, sino que, además, es una clara exigencia social, que excluye cualquier acto da arbitrariedad.

No obstante, las conductas merecedoras del calificativo de "maltrato psicológico" no están claramente delimitadas o determinadas, ya que se trata de un concepto de contornos difíciles. Pero, en cualquier caso, maltratar es, en sus orígenes latinos, acción y efecto de maltratar. En definitiva, tratar mal a una persona, menoscabarla, echarla a perder. Es descalificación, humillación, discriminación, ignorar los sentimientos de la persona, someter su voluntad o subordinarla en distintos aspectos de su existencia que inciden en su dignidad, autoestima e integridad psíquica o moral.

Hay que recordar ahora, muy oportunamente, el artículo 10 de nuestra Constitución, que está referido, en su párrafo 1.º, a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad. Y, en el mismo sentido, siguiendo esta línea interpretativa, hay que hacer obligada mención del artículo 15 del citado Texto Constitucional, que establece que todos tienen derecho a la integridad física y moral (el subrayado es mío).

El maltrato psicológico está, sin duda alguna, referido a una forma de agresión en el ámbito de una relación entre dos o más personas. Se trata, en definitiva del trato vejatorio, del abuso emocional que causa daño o sufrimiento en la persona que lo sufre. Existe, sin embargo, dificultad creciente a la hora de probar este daño psicológico, este maltrato que, en la mayoría de las ocasiones, se da en el círculo íntimo de la persona, y que implica un daño moral, un perjuicio emocional, causando dolor, angustia, aflicción, tanto física como psíquica. En general, estaríamos hablando de cualquier tipo de menoscabo psíquico, padecimiento o tensión injusta producida por una persona –en este caso, donatario– contra otra –donante–, a

la que le debe respeto, consideración, estima y gratitud por el solo hecho de haberle donado uno o varios bienes.

Es evidente que el maltrato psicológico ha de configurarse como una infracción del deber de gratitud del donatario para con el donante y de este modo, desde mi punto de vista, ha de ser considerado, de ahora en adelante, tanto desde el ámbito doctrinal como jurisprudencial.

LOS REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES Y EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS, EN LA UNIÓN EUROPEA

Francisco Javier García Más
Notario. Ex Letrado Adscrito en la Dirección General de los Registros y del Notariado

A Don Rafael Núñez Lagos, una de las grandes glorias del Notariado Español de todos los tiempos.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ANÁLISIS DE LOS REGLAMENTOS DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, SOBRE REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES Y DE EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que desde hace unos años las relaciones transfronterizas son cada vez más importante, especialmente en el ámbito que nos afecta de la unión europea.

España es un país dentro del Unión Europea en donde pueda parecer más relaciones internacionales sobre todo por la residencia de

muchos extranjeros en España desde el campo inmobiliario hasta el campo del derecho de sucesiones.

Una de las cuestiones que se plantea cada vez con más insistencia es toda la problemática del Derecho de Familia en la Unión Europea, y en definitiva las soluciones que se tienen que dar a esta realidad que cada vez es más generalizada, por el movimiento de personas existente en la Unión Europea.

Derecho de Familia y Sucesiones como derechos más íntimos y personales de los sujetos, que muchas veces están en la propia esencia de cada País, que tiene sus instituciones propias y que no quiere cambiarlas o unificar las en base a una armonización Europea.

Cada vez es más normal que una persona que nace en un Estado miembro se marche a otro Estado a trabajar, se case con una persona de otra nacionalidad, que a su vez también ha venido de otro tercer Estado, que quieran establecer su régimen económico matrimonial, que quieren hacer testamento, que en definitiva puedan tener problemas en su matrimonio, y tengan que acudir a la vía de la separación o del divorcio, o a la reclamación de alimentos, o a la patria potestad, o a la custodia de los hijos.

Como podemos apreciar, los problemas internacionales cada vez son mayores y en el ámbito del Unión Europea hemos pasado del clásico Derecho Internacional Privado a un Derecho Internacional Europeo dentro del ámbito de la Unión Europea.

En este marco, no cabe la menor duda que el Derecho de familia tiene un papel esencial y deberá aportar las soluciones adecuadas a los problemas transfronterizos que se plantean a diario.

El problema como ocurre también en el Derecho de sucesiones es, que estas instituciones están muy arraigadas, en la historia, y en las características de una comunidad, y por ello el procedimiento que se podría utilizar para conseguir normas uniformes es por un lado acudir a la unificación no armonización en materia de derecho sustantivo, o convenios bilaterales con instituciones supranacionales, siendo quizás la mejor solución y es la que se está utilizando en los últimos tiempos, es la de armonizar, y unificar los denominados puntos de conexión, en definitiva establecer uniformidad en la ley aplicable y en el tribunal o foro competente.

Este es ciertamente el resultado, y la orientación que se está dando en el seno de la Unión Europea a los efectos de conseguir esta armonización a través de los puntos de conexión.

Es la solución parece la más adecuada ya que no se entorpecen ni unifican, ni desaparecen instituciones básicas del derecho de familia y de sucesiones, y sin embargo se solucionan muchos problemas.

En este sentido han ido los últimos Reglamentos comunitarios que han dado estas soluciones. Así entre otros, el Reglamento Bruselas II bis (Reglamento CE número 22 01/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, complementado por el Reglamento número 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, conocido como Roma III, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio ya la separación judicial.

Asimismo hay que tener en cuenta El Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

El Reglamento 664/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos.

En materia de sucesiones es fundamental tener en cuenta el Reglamento número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa, y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

En definitiva como hemos indicado anteriormente no se ha optado por crear un Código de Derecho Privado o de Derecho de Familia Europeo, sino Reglamentos que establecen las puntos de conexión, creo que de una manera adecuada y con una solución mucho más aceptable, que va a plantear menos problemas.

Vamos a estudiar, en este trabajo, dos Reglamentos del Consejo, en materia de familia. El Reglamento (UE) 2016 /1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes

económico matrimoniales, en adelante (REM). Asimismo el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia , la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, en adelante (REU).

Los dos Reglamentos se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea el 8 de julio de 2016. El Reglamento 1103 será aplicable a partir del 29 de Enero de 2019, y lo será en los Estados miembros que participen en una cooperación reforzada, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales, como de efectos patrimoniales de las uniones registradas autorizada por la Decisión (UE) 2016/954. En idéntico sentido el Reglamento 1104. Como se ha indicado (1)" En lo que concierne... la professio iuris, el art. 70 del REM, establece que se aplicará a partir del 29 de enero de 2019. A diferencia del RES, no se establece la posibilidad de ejercitar la professio iuris en un momento anterior y sus disposiciones sólo serán aplicables a los contrayentes o futuros contrayentes que hayan especificado la ley aplicable a su régimen económico matrimonial a partir de dicha fecha".

La importancia de estos dos textos, es fundamental, sobre todo. Porque cada vez son más normales, las relaciones transfronterizas matrimoniales, y su conexión con algunos de sus aspectos patrimoniales.

De esta manera se van a evitar muchos conflictos que se están dando en la actualidad, y que se están intentando solventar, a través de la autorización de documentos públicos, entre otras cuestiones para regular los regímenes económicos matrimoniales de los cónyuges, a falta de una regulación expresa que determine cuál es la ley aplicable.

Desde un punto de vista de la evolución de estos Reglamentos, hemos de indicar que tardaron en aprobarse, y su tramitación tuvo momentos de paralización. En principio al tratarse de procedimientos de consulta por ser temas de familia, requerían una unanimidad en el Consejo.

(1) HIJAS, Eduardo, "La professio iuris en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos", en el *Notario del siglo XXI*, núm. 69, septiembre octubre 2016, pp. 22 a 25.

El Parlamento Europeo ya se había pronunciado sobre la materia, el 10 de septiembre de 2013, adoptando una Resolución legislativa para cada una de las propuestas, y como consecuencia podemos decir claramente que el tema estaba cerrado a nivel del Parlamento Europeo.

Por el contrario existieron un sinfín de reuniones en el grupo de trabajo del Consejo, sin que se consiguiera avanzar mucho en el tema. En este sentido, en algunos Estados miembros en donde no reconocían los matrimonios homosexuales, y las parejas registradas, ya sean del mismo o diferente sexo, se oponían a las consecuencias de las entonces propuestas legislativas.

Se comentó que el bloqueo a nivel del Consejo, era de orden puramente político y no técnico, pues las discusiones técnicas ya habían terminado hace tiempo y se habían ido solucionando en las diferentes reuniones. Al mismo tiempo la Comisión quería evitar que se acudiera de nuevo a una cooperación reforzada entre algunos países, como ya fue el caso del Reglamento Roma, anteriormente citado, y así evitar que se recurra sistemáticamente a este procedimiento excepcional en temas de familia.

La idea era intentar desbloquear la cuestión y ya en el mes de noviembre de 2014, con la Presidencia del Consejo de Italia se intentaron tras varias reuniones del grupo de trabajo realizar un texto de compromiso en el sentido de llegar al próximo Consejo de diciembre con alguna solución.

Se publicaron los textos de compromiso, redactados por la Presidencia Italiana, de fecha 10 de noviembre de 2014, textos relativos, a los regímenes económico matrimoniales, y a las uniones registradas.

La Presidencia Italiana también redactó un “état des travaux”, de las negociaciones sobre los dos temas, el 27 de noviembre de 2014, tras el fracaso de llegar a un acuerdo, la víspera en el marco del Coreper (nivel de embajadores), en base a los dos textos del 10 de noviembre de 2014. Italia aspiraba a llegar a un acuerdo en el Consejo JAI del 4 y 5 de diciembre, pero se suprimió del orden del día.

Por fin se aprobaron los dos Reglamentos después de todo ese conjunto de vicisitudes pasadas, y sobre ellos vamos intentar realizar un análisis.

También me gustaría hacer alguna consideración, de como en todos estos Reglamentos aparece la definición del documento públi-

co como uno de los instrumentos más importantes para constatar, tanto para la fijación del punto de conexión en la ley aplicable, como el lugar del Foro competente.

No cabe la menor duda que el documento público entendido como ahora indicaremos es una solución factible, que crea seguridad jurídica y además que determina, la ejecución, el reconocimiento, y dotado de fehaciencia en lo Estados de la Unión Europea, aunque hay que tener en cuenta que algunos Estados miembros lo desconocen dentro de sus fronteras.

No obstante si acudimos a cualquier Reglamento Comunitario de los últimos, así por ejemplo en materia de sucesiones hay una definición clara y rotunda, de lo que debe entenderse por documento público basada ya en la famosa sentencia UNIBANK, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 1999, que determinó la esencia y las característica del mismo.

El Reglamento 805/2004 de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo (TEE) para créditos no impugnados, que entró en vigor el 1 de enero de 2005, determina la definición de documento público, en el sentido de la ya citada Sentencia UNIBANK. en este sentido el art. 4.3 establece: "documento público con fuerza ejecutiva":

a) un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya autenticidad:

i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y
ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga;

Del mismo modo en materia de Derecho de sucesiones, el artículo tres del Reglamento ya citado 650/2012 de 4 de julio de 2012, establece en el artículo 3.1 j, la definición de "documento público, en el sentido, ya indicado anteriormente.

Asimismo en los Reglamentos objeto de este trabajo, aparece la misma definición.

A modo de ejemplo, en el REM, en el art. 3 que regula la cuestión de las definiciones en el aparatdo1, letra c) establece: Documento Público: documento en materia de régimen económico matrimonial que ha sido formalizado o registrado como documento público en

un Estado miembro y cuya autenticidad: i) se refiere a la firma y al contenido del documento público, y ii)ha sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad facultada a tal fin por el Estado miembro de origen.. En el mismo sentido el art. 3 letra d), del Reglamento 1104, (REU) haciendo referencia en este caso al "documento en materia de efectos patrimoniales de la unión registrada".

Posteriormente en un epígrafe de este trabajo analizaremos con un poco más de profundidad el sentido del documento público, su importancia y como no, la fundamental aportación creemos de la función notarial en la aplicación práctica de estos Reglamentos ya que uno de los documentos públicos a los que se refieren estos Reglamentos, son los autorizados por el Notario en aquellos Estados de los Sistemas de Derecho Civil, donde el documento público tiene efectos persecutorios, probatorios y legitimadores, esenciales en todos los Reglamentos a los que se hace referencia.

Para terminar indicar que ha sido muy positiva. la aprobación de estos dos Reglamentos, ya que van a solucionar temas diarios que se ven en los despachos profesionales y que requieren una solución, como ya ha ocurrido con el citado Reglamento de sucesiones que ha tenido aplicación a partir del 17 de agosto de 2015.

II. ANÁLISIS DE LOS REGLAMENTOS DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, (REM) Y DE EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS. (REU)

En este epígrafe iremos analizando las cuestiones que nos parecen más interesantes para resolver los problemas que a diario se presentan en los despachos como cuestión transfronteriza en matrimonios donde existen cónyuges de distinta nacionalidad establecidos en uno o en otro Estado miembro.

Para aprovechar los dos textos analizaremos esencialmente el de regímenes matrimoniales por ser de alguna manera el texto base y más importante desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, e iremos analizando aquellas discrepancias que se observan en el texto de las cuestiones derivadas de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, y así podremos tener el mismo hilo argumental en un caso y en otro.

La cuestión tiene una importancia vital ya que estamos hablando de problemas que a diario se presentan en relación con la aplicación en principio de diversas leyes, con diferentes normas de conflicto en personas que tienen distintas nacionalidades.

Ante esa cuestión, hay que dar una respuesta segura y clara, y hay que solucionar la cuestión de la manera más armónica posible, y por ello consideramos que desde un punto de vista universal, es decir que efectivamente sea una sola ley la que regule toda las cuestiones que estén derivadas directa o indirectamente de estas cuestiones, como ocurre ya en el Reglamento de sucesiones y no hacer parcelaciones, aplicando diferentes leyes. Esta problemática se plantea de igual manera en la propuesta de Reglamento de las parejas registradas.

En cuanto al ámbito de aplicación del REM, (Art. 1), se indica que se aplicará a los regimenes económicos matrimoniales, y asimismo se establecen como en otros Reglamentos unas exclusiones al mismo, quedando entre otros, fuera del ámbito de aplicación, la capacidad de los cónyuges, las obligaciones de alimentos, , la existencia validez y reconocimiento del matrimonio, etc. así como en relación, a los derechos reales sobre inmuebles, y la publicidad de los mismos, es decir su inscripción.

Como se ha indicado, (2) en cuanto al ámbito de aplicación, debe aplicarse “el REM a la llamada litis expensas, la potestad domestica, contribución a las cargas del matrimonio, protección de la vivienda familiar y ajuar doméstico”

En este caso sigue la misma técnica que otros Reglamentos, en el sentido, de la citada exclusión, ya que los inmuebles, los derechos reales sobre los mismos, en relación a su constitución, modificación o transformación, se rigen por la Ley de situación del inmueble, así como los requisitos de inscripción, por la ley del País del Registro.

En principio, el ámbito territorial se determina en el territorio de la Unión Europea con independencia que a veces se existan relaciones de cooperación con terceros países.

(2) Hijas, Eduardo, “La professio iuris en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos”, en el Notario del siglo xxi núm. 69, septiembre octubre 2016, pp. 22 a 25.

En cuanto al aspecto personal o de los sujetos, estamos hablando de situaciones transfronterizas, es decir con elementos de extranjería, por lo tanto donde existan dos o más legislaciones de los Estados de dos nacionales.

En definitiva lo que se pretende solucionar es claramente los aspectos de la jurisdicción aplicable y de la ley aplicable, estableciendo, los puntos de conexión a través de la armonización de los mismos, y que todas estas relaciones o situaciones tengan claramente prefijados, desde un primer momento su regulación, tanto desde el punto de vista de la Jurisdicción o Foro, como desde el punto de vista de la legislación aplicable.

Hay que tener en cuenta dos principios esenciales contenidos en el REM, uno contenido en el art. 20 de la aplicación universal, en el sentido de que la ley que se determine aplicable en virtud del presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.

Asimismo el principio de Unidad de la ley aplicable del art. 21 del REM, en cuya virtud, la ley aplicable al régimen económico matrimonial... se aplicará a todos los bienes incluidos en dicho régimen con independencia de donde los bienes estén situados. Este principio nos recuerda también al Reglamento Europeo de Sucesiones, en cuanto a la aplicación de una sola ley para la sucesión, y que es esencial a los efectos de una uniformidad en la aplicación de una sola ley evitando así disparidades, que provocaban bastantes inseguridades desde el punto de vista jurídico.

Además también efectivamente se intentan solucionar los problemas que puedan aparecer con el reconocimiento y ejecución de resoluciones, así como también la aceptación y ejecución de los documentos públicos como punto esencial.

Desde el punto de vista del Órgano judicial, es decir cuál va a ser el Tribunal competente, hay que partir de un principio, que es el de la posibilidad de elegir por parte de los sujetos intervinientes.

No obstante debemos tener y considerar un concepto amplio y variado en relación, a la elección del foro. Ya que no sólo nos referimos a los órganos Judiciales strictu sensu, sino también a otros de carácter no judicial que también pueden cumplir en estos asuntos funciones similares. Baste recordar a los Notarios Austriacos, auténticos colaboradores, o mejor dicho delegados de los mismos, o el Notario francés, en sus distintas formas de colaborador con la

Administración de Justicia, como las disoluciones y liquidaciones de sociedades en estas materias.

No olvidemos entre nosotros como en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015 de 2 de julio, que modifica entre otros textos el Código Civil, los notarios en España, pueden celebrar matrimonios, pero también intervenir en la separaciones matrimoniales y divorcios, siempre que sean de mutuo acuerdo, y no existan hijos menores de edad, o incapacitados. En estos procesos, no cabe duda que también se incluye dentro del ámbito patrimonial de la separación y el divorcio, la liquidación de la sociedad conyugal entre otras cuestiones.

Existe como hemos indicado anteriormente, la posibilidad de elección del Foro. Así sólo habrá posibilidad de elegir. los órganos jurisdiccionales del Estado de la ley aplicable que se haya elegido, o que sea aplicable, según las normas del Reglamento, en defecto de elección de dicha ley, o también los organos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio. En estos casos, se podrá elegir y que por lo tanto estos órganos tengan competencia exclusiva para resolver sobre las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial (Art .7 REM).

En similares términos el Art 7 del REU, con la matización lógica que aquí se hace referencia, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

También el Art. 5 del REM, establece la conexión del Foro competente cuando se este sustanciando un procedimiento de demanda de divorcio, separación judicial, o anulación del matrimonio.

A falta de elección se establece desde un punto de vista jerarquizado, o mejor hubiera sido quizás el criterio alternativo, una serie de puntos de conexión, para poder determinar cuál es el Tribunal o el foro correspondiente, del Estado miembro: de la residencia habitual común de los cónyuges, en el momento de la demanda; en su defecto, del último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí; en su defecto, del lugar de residencia habitual del demandado, o en su defecto de la nacionalidad de ambos cónyuges, y en el caso del Reino Unido e Irlanda, de su domicilio común (Art. 6 REM).

Cuando no pueda determinarse la competencia, por algunos de los puntos de conexión indicados anteriormente será la del Estado,

donde se encuentren el bien o los bienes inmuebles (Art. 10 del REM) de uno o ambos cónyuges.

Si tampoco fuera posible, en última instancia serían competentes los Tribunales del Estado, con los que el asunto tuviera una conexión estrecha. (Art. 11 REM).

En las parejas registradas están los anteriores puntos de conexión, además del Estado miembro, conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

El problema que se plantea de España es que muchas uniones de hecho no están registradas, o no se requiere ese carácter de la inscripción con efectos constitutivos, por ello sería problemático el aplicar las mismas sino lo estuvieran. La solución, sería el conseguir que estas parejas efectivamente se inscribieran, para así poder someterse al Reglamento que se aprobara en su momento. En este punto hay que tener en cuenta, que efectivamente se han planteado problemas, de consenso a nivel político, tanto en lo relativo al no reconocimiento de los matrimonios homosexuales en muchos Estados, como también en relación a las parejas de hecho homosexuales.

La cuestión es que debe ser un solo el Juez que conozca de la liquidación del régimen matrimonial, y también debería ser el mismo que conoce de la separación o del divorcio. En este sentido parece decantarse el REM, dando esta indicación. (Art. 5 .1 del REM). Aunque establece , en el apartado 2, los casos en que es necesario el acuerdo de los cónyuges p ara que esto sea así, cuando se den algunos de los supuestos contemplados en el mismo artículo apartado 2, letras de la a) a la d). El mismo sentido para las uniones registradas.

En cuanto a la forma para la elección, lo es a través de un escrito, fechado y firmado por las partes., valiendo también, la comunicación efectuada por medios electrónicos. (Art. 7 del REM). si se realiza el acuerdo antes del procedimiento. Esta cuestión de la comunicación electrónica plantea el problema de la seguridad jurídica por estos medios electrónicos, la utilización en nuestra opinión de firmas electrónicas cualificadas, la autenticidad de que el sujeto titular de la firma sea efectivamente el que lo haga. Estas cuestiones son esenciales, y para ello habremos de remitirnos, al nuevo Reglamento sobre la materia en concreto, el Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de

confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Para nosotros esa forma, va a tener una importancia especial sobre todo cuando hablemos de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, teniendo en cuenta que en los Sistemas de Derecho Civil el carácter de documento público, es esencial para la autorización de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, y de ahí la importancia de la regulación y de la visión de documento público y de los efectos y reconocimiento de ese documento público en todos los Países de la Unión Europea.

No hay que olvidar que aprovechando la elección de la Ley aplicable, también y esto sea lo más normal se aproveche y se establezca la regulación del régimen económico matrimonial, paccionado por las partes. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

En cuanto a la **ley aplicable a** los regímenes matrimoniales, el Reglamento establece la posibilidad de elegir, o cambiar, una ley por los propios cónyuges o futuros cónyuges. No existe una libertad total de elección de la ley aplicable, de la misma forma que ocurre en el Reglamento de sucesiones, sino que se establecen una serie de alternativas prefijadas, y ello nos parece lógico para evitar buscar leyes que tenga menos requisitos o en definitiva eludir o hacer fraude de ley.

Por pacto pueden elegirse o bien, la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, o bien la ley del Estado de residencia habitual de uno de ellos en el momento de la elección, o la ley del Estado de nacionalidad de uno de ellos, en el momento de la elección. (Art. 22REM)

A falta de elección se establecen también unos puntos jerarquizados, en el sentido, que será primero aplicable la Ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio, o en su defecto, la ley del Estado de la Nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o en su defecto la ley del Estado con el que los cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración, teniendo en cuenta todas las circunstancias. (Art. 26 del REM).

Establecen los apartados 2 y 3 del Art. 22 del REM, que salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, todo cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro, y que ningún cambio

retroactivo de la ley aplicable afectara negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley. Asimismo aunque no lo diga el texto explícitamente tampoco a la validez de los actos anteriores celebrados al amparo de la primera ley aplicable.

Para nosotros es claro en nuestro ordenamiento en lo carácter retroactivo de los cambios realizados en general, con un nuevo régimen económico matrimonial pactado, y por supuesto la no retroactividad.

En las Uniones Registradas en el texto del Proyecto de 16 de marzo de 2011, no era posible elegir la ley aplicable, siendo la ley aplicable a los efectos de patrimoniales, la ley del Estado de registro.

No obstante en las enmiendas del Parlamento Europeo, casi todas ellas, en lo relativo a esta cuestión, fueron en el sentido de que también se pueda elegir al menos igual que ocurre en los regímenes matrimoniales, para así evitar hacer diferencias de trato a una Institución o a otra.

Finalmente en el texto definitivo aprobado también se dio la posibilidad de esa elección ene le caso de las uniones registradas. Así el art. 22 del REU, en términos similares a los establecidos para, el régimen económico matrimonial, o también la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada...

Se plantean cuestiones importantes en relación a la aplicación de estos Reglamentos. Así el denominado Punto Móvil, es decir el cambio de nacionalidad o residencia habitual. En principio no debería cambiar la ley aplicable. Aunque se podría plantear la posibilidad de contemplarlo así desde un primer momento, y establecer" un pacto favorable al cambio cuando se den tales situaciones, pero el pacto debería ser público para dotar, a la s relaciones y al tráfico de la máxima seguridad jurídica." (3)

En cuanto a la oponibilidad cara a los terceros, sería interesante haber establecido mecanismos de publicidad de carácter internacional, para ese conocimiento, con la posibilidad por ejemplo a modo de lo que ocurre en la Red Europea de los Registros de testamentos, también hacerlo en una especie de Red o Registro Europeo de Regimenes Matrimoniales. (4)

---

(3) En este sentido, Carrión García de Parada, Pedro, en" El Derecho de Familia en la UE."

(4) En este sentido, Carrión García de Parada, Pedro, en "Los Documen-

En el Reglamento de regimenes matrimoniales, se regula la cuestión de los efectos frente a terceros, estableciéndose como principio general que los efectos del régimen económico matrimonial sobre una relación jurídica entre un cónyuge y un tercero, se regirán por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, siempre que el tercero conozca la ley aplicable. Se establecen unas presunciones relativas a considerar que ese tercero conoce la ley aplicable, como por ejemplo cuado esa ley sea la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, o por ejemplo cuado esa ley es la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero tengan su residencia habitual, o también, entre otros cuando cualquiera de los cónyuges hubiera cumplido con los requisitos para la divulgación o el registro del régimen económico matrimonial especificados por en otre otras la ley del Estado aplicable a la transacción entre uno de los cónyuges y un tercero, etc. (Art. 28REM).

Otra cuestión que se puede plantear, es que en nuestra opinión, en el mismo documento el contenido de ese pacto en el que efectivamente se elige en la ley aplicable y también el tribunal o el foro.

Creemos que puede perfectamente pactarse y regularse un régimen económico matrimonial de carácter convencional indicando efectivamente cual es la ley aplicable, incluso con descripción de bienes, cuáles son los bienes que se determinan al nuevo régimen. Por ello no creemos en absoluto que única y exclusivamente pueda ser la determinación de la ley aplicable o del Foro, lo que puede pactarse, sino que también puede aprovecharse el momento, para hacer todo tipo de pactos relacionados con el régimen económico matrimonial. Igual consideración podemos hacer para las parejas registradas. Este extremo no consta tan claramente en los Reglamentos.

En cuanto al reenvío, se indicó, antes de la aprobación de los Reglamentos que (5) “La regla general es que sólo debe admitirse el reenvío a una ley material y no a sus reglas de derecho internacional

---

tos notariales en los nuevos reglamentos europeos: el reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de Régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas. Comentario de dicho autor cuando se analizaban, lo que entones era Proyectos de Reglamentos.

(5) En este sentido, Carrión García de Parada, Pedro, en” El Derecho de Familia en la UE.”

privado. Como excepción creemos que debería admitirse, aunque no lo hacen los proyectos, el reenvío si la ley aplicable fuese la de un tercer Estado no miembro de la UE, y si sus normas de Derecho Internacional Privado se remitiesen a la ley de un Estado miembro, salvo que los interesados hubiesen pactado expresamente aquella como ley aplicable, por lo que se aplicaría esa ley material concreta, aunque fuese la de un tercer Estado."

En el REM el Art. 32, establece que "la aplicación de la ley de un Estado miembro determinada por el presente Reglamento se entenderá como aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado distintas de las normas de Derecho Internacional Privado. En principio existe una exclusión del reenvío.

También como es la tónica en otros Reglamentos de la UE, se trata la excepción del Orden público, en el sentido de no poder aplicarse en un Estado miembro, la ley elegida si se considera que la aplicación de esta, atenta contra el Orden público de ese Estado miembro donde quiera ser reconocida. (Art. 31 del REM):

En cuanto a los Estados plurilegislativos, como se indicó en base a los Proyectos de los Reglamentos, se dijo (6) "Deben prevalecer las normas internas del Estado miembro plurilegislativo, que será el que determine cuál de sus varias leyes nacionales se aplica. Los proyectos de Reglamento… contienen también normas que regulan en igual sentido esta cuestión, y resuelven la falta de normas distinguiendo entre Estados plurilegislativos que se basan en el estatuto territorial (residencia habitual) y otros que lo hacen en el personal (nacionalidad)".

En este sentido se orienta el REM; que regulas esta cuestión en los arts 33, 34 y 35, estableciéndose como criterio general, serán las normas internas en materia de conflictos de leyes de dicho Estado las que se aplicaran. Por ello, del juego del art 9.2 del Código Civil, y del art. 33 del REM, se podrán elegir en su caso, la ley de una Comunidad Autónoma. Se ha planteado (7) la cuestión del juego del art 9.2 de nuestro Código civil con el REM, y en concreto las posibi-

(6) En este sentido Carrión García de Parada, Pedro, en" El Derecho de Familia en la UE."

(7) Hijas, Eduardo, "La professio iuris en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos", en el Notario del siglo *xxi* núm. 69, septiembre octubre 2016, pp. 22 a 25.

lidad de poder o no elegir la ley aplicable en un momento posterior a la celebración del matrimonio, a pesar de la redacción del art. 9.2 del Código Civil.

Otro aspecto esencial es la forma o la validez formal. en que se plasma la elección de la ley aplicable, y por ende los pactos en general. En este punto considero que es esencial la seguridad jurídica en estas materias, y ello nos lleva a enlazar con el tema del documento público como instrumento en el que se plasmen todas estas cuestiones.

En el Reglamento de regimenes matrimoniales, se establece, que esa elección se haga por escrito, y fechada y firmada por ambos cónyuges. (Art. 23.1) del REM) Se considera por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. Me remito alo que indiqué anteriormente sobre el acuerdo de la elección del Foro, y el Reglamento comunitario sobre identificación electrónica. El problema es el de la determinación de ese registro duradero del acuerdo, y los medios técnicos empleados, y si el mismo estará bajo control de alguien. En todo caso siempre se aplicarán las normas sobre la forma que en cada caso corresponda según la ley aplicable.

Sigue estableciendo este Art. 25 del REM, que no obstante cuando la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges, en el momento de la celebración del acuerdo, prevea requisitos formales adicionales, para las capitulaciones matrimoniales, estos deberán respetarse. Si los cónyuges tuvieran su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración del acuerdo, y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales distintos para las capitulaciones matrimoniales, el acuerdo será válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes. También se prevé el supuesto relativo a que cuando se celebre el acuerdo, sólo uno de los cónyuges tiene la residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado estable requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos son de aplicación.

Me remito al comentario que realizo a continuación, para el Art. 25, baste ahora indicar, que nos parece positivo este Art. 23, del REM, ya que establece una conexión total, entre la forma para la aplicación de la ley aplicable, y la forma en la celebración de las capitulaciones matrimoniales.

En todo caso si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, estos serán de aplicación.

En las capitulaciones matrimoniales (Art. 25.1 del REM), en relación a la forma de los mismos, se parte del mismo principio que vimos anteriormente en el Art. 23.1. No obstante cuando la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges, en el momento de la celebración de las capitulaciones prevea requisitos formales adicionales, estos deberán respetarse. Si los cónyuges tuvieran su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración de las capitulaciones y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales distintos para las capitulaciones, el acuerdo será válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes. También se prevé el supuesto relativo a que cuando se celebren las capitulaciones, sólo uno de los cónyuges tiene la residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado estable requisitos formales adicionales para las capitulaciones dichos requisitos son de aplicación.

En todo caso si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, estos serán de aplicación.

Las cuestiones que hemos ido desgranado anteriormente, se regulan de manera similar con las correspondientes adaptaciones terminológicas, en lo relativo, a la validez formal, del acuerdo de la ley aplicable (Art. 23 del REU), validez formal de las capitulaciones de la unión registrada (Art. 25), efecto frente a terceros (art. 28), orden público (art. 31), exclusión del reenvío (Art. 32), etc.

Asimismo el art. 1 sobre el ámbito de aplicación y las exclusiones, la definición de unión registrada del Art. 3.1.ª) ,como régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades exigidas por dicha ley para su creación. En el caso de España, no existe una ley Estatal de parejas o de uniones de hecho. Habrá que acudir a la legislación Autonómica, y a los Registros Autonómicos competentes, para determinar la ley aplicable. Aquí, el aspecto plurilegislativo, toma una importancia vital. (Art. 33, 34, y 35 del REU).

En nuestra opinión es esencial el dejar claramente determinados estos requisititos de forma, y muy especialmente por la importancia y contenido de las capitulaciones, y como en la mayoría de los Estados del sistema de derecho civil, se imponen requisitos de forma, como, el documento público notarial. No deben las relaciones trans-

fronterizas hacer perder un ápice la seguridad jurídica, ni buscarse estratagemas, para evitarlas.

La importancia de la forma nos parece esencial y en este sentido como hemos indicado anteriormente ya en los Reglamentos comunitarios, y sobre todo de una manera clara en el Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo, al que hicimos mención en le introducción de este trabajo, el concepto de documento público aparece ya desde entonces, recogiendo la Sentencia UNIBAK de 19 de junio de 1999, en donde por primera vez se dice efectivamente que el documento público es aquel, en el que se realiza, el control por parte de la autoridad que lo autoriza, no solamente en cuanto a la firma, sino también en cuanto al contenido.

Está dando el concepto de documento público que se da en los países del Sistema de Derecho Civil donde, la Autoridad que autoriza el documento público, realiza un control material y formal. (*Vid.* Art. 24 de la Ley del Notariado de 1862).

Este hecho es fundamental para qué el documento público de calidad circule en los Estados de la Unión Europea, siendo reconocido.

El problema radica en el hecho de que en determinados Países de la Unión, la minoría no existe ese concepto del documento público, y tampoco las Autoridades o funcionarios, que estén dotados por la ley para autorizarlos, y con esos efectos. En los Estados de Derecho Civil, el notario como ejemplo de algunas de esas Autoridades, cumple esa función de control de legalidad, de control material y formal de documento.

Los Reglamentos Comunitarios desde hace años, hacen referencia y contemplan, como punto esencial, al documento público, de la misma manera que lo hace, estos Proyectos de Reglamentos, de los que venimos hablando.

Ese documento público, en los aspectos de su aceptación, y además el del reconocimiento, y ello es así porque, el documento público tiene unas cualidades unos efectos probatorios, efectos legitimadores y efectos ejecutivos, circunstancia esta que no puede derivarse de otros documentos que no tengan esa categoría.

En definitiva el asesoramiento por parte del funcionario, en nuestro caso en el documento público notarial, del notario, en la control de legalidad, del juicio de capacidad, de la legitimación, y sobre todo en materia matrimonial es esencial ese asesoramiento en los matrimonios, en las parejas de hecho, para indicarles las consecuencias

del régimen económico matrimonial elegido, o de cómo quieren establecer esos pactos matrimoniales y de las consecuencias que de ella se deriva.

En este sentido es importante la Resolución del Parlamento Europeo Resolución Medina 18 de diciembre de 2008, en donde efectivamente se habla del documento público. El Notario no circula, circulan los documentos de calidad, y sólo podría ser reconocido y aceptado como ejecutivo si lo es efectivamente en el País de origen.

Creemos que la función notarial puede cumplir un papel fundamental a la hora, primero de autorizar el documento público de calidad con la aceptación y el reconocimiento en todos los Países de la Unión Europea, y en segundo lugar el control de ese contenido que realiza el notario como funcionario público que actúa por delegación de la soberanía del Estado, en los Países del Sistema de Derecho Civil, que en la actualidad de los 28 miembros de la Unión Europea en este momento 22 cumplen este requisito, con las características, del l Notariado Latino. Estos Notariados, se encuentran unidos en el denominado CNUE (Consejo Permanente de los Notariados de la Unión Europea).

En definitiva no ha parecido muy oportuno la aprobación de estos dos Reglamentos que conforman y llegan ciertamente a establecer un marco normativo fundamental, que ya ha empezado con otras cuestiones y que ahora efectivamente es la culminación de un punto importante, que va a resolver muchos problemas que se están dando en la vida cotidiana de muchos ciudadanos europeos.

EN FAVOR DEL BENEFICIO DE INVENTARIO
(Segunda parte)

Carlos Marín Calero
Notario

ACTUACIONES A CARGO DEL NOTARIO

En cierto modo, todas las actuaciones del expediente de jurisdicción voluntaria de aceptación de herencia a beneficio de inventario, precedido en su caso por la reserva del derecho a deliberar sobre la aceptación o repudiación de la herencia están a cargo del notario. Y ello con independencia de que, como en todo otro procedimiento jurisdiccional o administrativo, haya una gran parte de las actuaciones que los interesados realizan o preparan en privado (como, en este caso, ocurrirá con los exámenes, indagaciones, visitas, etc. que los interesados realicen para averiguar el paradero y datos propios de bienes y deudas del causante, con los que ir formando materialmente el inventario de la herencia, o incluso el tiempo y el asesoramiento externo que utilicen para tomar sus decisiones). Pero siempre corresponderá al notario, como impulsor y funcionario autorizante del expediente, decidir cuándo comienza (con su aceptación del requerimiento del promotor), qué se refleja en él –y qué no–, cuándo se realizan aquellos actos que él deba presenciar, qué requisitos solicitará a las partes para que puedan constituirse en tales, etc.

Sin embargo, no es a todas esas actuaciones del notario a las que me voy a referir ahora, sino sólo a tres de ellas:

De un lado, a las tres actuaciones decisorias y constitutivas que específica y nominativamente le encomiendan las leyes: a) la prórroga del plazo para inventariar; b) la adopción de medidas cautelares sobre los bienes; y c) –como una más de las anteriores, pero muy destacada y que las leyes tratan por separado– al nombramiento

de un administrador, para durante la tramitación del expediente, es decir, hasta que la herencia quede definitivamente aprobada o repudiada –si hubo reserva sobre este particular– y, en el primer caso, hasta que el inventario esté concluido –al menos *prima facie*, pues siempre se podrá reformar o completar después–.

De otro lado, me referiré también a un tipo de actuación muy particular y característico de los documentos notariales e incluso de la imagen pública que los usuarios del servicio público tienen del notario. Me refiero a las conocidas como advertencias notariales, comprendiendo en ellas –creo que es así como las usamos en la práctica–, no sólo las reguladas en el artículo 194 del Reglamento Notarial, cuando dice que "*los Notarios harán de palabra* [o por escrito, según prevé en otras ocasiones], *en el acto del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales*", sino también a las que menciona el artículo 1 de la misma norma, que dice que las deben hacer los notarios "*como profesionales del Derecho*" –aunque no creo que haya diferencia en que también las hagamos como funcionarios públicos–, en su "*misión*" de "*asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar*", y así mismo a la "*asistencia al otorgante necesitado de ella*" y al "*asesora*[miento] *con imparcialidad a las partes*", que prescribe de nuevo el Reglamento Notarial, en su artículo 147.

Estas advertencias son consustanciales con toda actuación notarial y en general, permiten al notario informar al usuario del servicio público sobre las consecuencias legales de sus actos, y, por lo tanto, indirectamente, asesorarle sobre la conveniencia -o no- de realizar las actuaciones que le solicita y, en su caso, sobre la mejor manera de hacerlas. (Avanzar desde ahí hasta propiamente el consejo y la valoración de la oportunidad de tales actuaciones es una cuestión más controvertida, en la que tradicionalmente los notarios no hemos llegado a ponernos de acuerdo.)

Son informaciones útiles y en gran parte necesarias para los usuarios del servicio notarial, en toda clase de instrumentos públicos, pero lo son principalmente en algunos tipos de ellos, como en el expediente de jurisdicción voluntaria que ahora estoy examinando. Dado que estoy sosteniendo a todo lo largo de este estudio que hay

un gran número de cuestiones, en las distintas normas dirigidas al conocido como beneficio de inventario, que están reguladas de un modo incompleto e incluso, en mi opinión, equívoco o equivocado, me parece que es imprescindible que el notario ofrezca a los interesados su parecer profesional sobre todo ello, su forma de entender esas normas y la que considere mejor forma de aplicarlas. Y, aún a riesgo de causarles perplejidad, creo que es adecuado que el notario se las presente así: como sus opiniones profesionales, y no como certezas, derivadas de la "interpretación" correcta de la ley. Sé que es inútil discutir sobre este asunto, que cada notario lleva adelante como le parece más adecuado. Sólo expreso que así es como entiendo nuestro trabajo, y que aún me reafirmo más en ello cuando se trata de alguno de los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria ahora encomendados a los notarios, puesto que en ellos la participación de letrados no es obligatoria, pero en modo alguno está excluida. Creo que si fuera el caso de que algún interesado en este expediente que ahora vemos, para establecer sus pasos, requiere de un profesional que, no sólo le informe, sino que le diga qué hacer o incluso decida por él, o si, simplemente, tal interesado -ante la falta de afirmaciones categóricas del notario- necesita o prefiere que otro tipo de profesional le asista, sin ningún tipo de imparcialidad, sino en defensa sólo de sus particulares intereses, tiene a su disposición el buen hacer de los abogados.

En cualquier caso, lo que es seguro es que hay un gran número de asuntos sobre los que informar, asesorar y advertir, empezando por la conveniencia de aceptar la herencia a beneficio de inventario, sobre la oportunidad de hacer una previa reserva deliberativa, o sobre si, según las circunstancias del caso, es posible prescindir del expediente de jurisdicción voluntaria como tal, y limitarse a una mera manifestación o partición de la herencia. Además de todas las pequeñas y no tan pequeñas decisiones que es necesario tomar durante las diferentes fases del expediente (momento para el que se cita, destinatarios de las citaciones, bienes de los que es posible prescindir, orden de preferencia en el nombramiento de administrador, etc.).

Y no sólo. Porque tales advertencias notariales no sólo deberán recaer sobre las cuestiones de las que trato en este estudio, o sea, sobre las actuaciones en las que tiene competencia el notario, porque ocurren hasta el momento en que el expediente concluye. Ya

que, para el eventual promotor, no tiene demasiado sentido fraccionar sus elecciones, sobre todo la básica de aceptar o no a beneficio de inventario en razón de qué funcionario o qué tipo de funcionario –judicial o notarial– estará a cargo de cada subsección documental. Por eso, y aunque no sean de su competencia ni vaya a ser él quien las decida, creo que el notario debe hacer advertencias sobre las fases subsiguientes al expediente de jurisdicción voluntaria; principalmente, la fase de pago de las deudas y entrega de legados.

Por último, me referiré a la finalización del expediente, ya se produzca ésta con su resultado previsto o de forma prematura, porque deba quedar interrumpido por una causa legal.

Veamos todo lo dicho:

Prórroga del plazo para concluir el inventario

CC: Artículo 1017. El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta. Si por hallarse los bienes a larga distancia o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Notario prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año.

Lo normal será que la posible prórroga la solicite el promotor; pero no parece que el Código Civil impida al notario acordarla de oficio; aunque creo preferible que no lo haga si no es a instancia de alguna de las partes, incluyendo por tanto en ellas a los acreedores y a los legatarios.

Una vez acordada la prórroga, el nuevo plazo sirve para todas las partes, no sólo para el promotor.

Provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios

CC: Artículo 1020.- Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a instancia de parte, el Notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial.

CC: Artículo 4. 1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

En consonancia con su carácter de jurisdicción voluntaria, tras la instancia de parte interesada, el notario, como autoridad a cargo del expediente, tiene competencia para adoptar ciertas decisiones, valorando las circunstancias del caso, en el ámbito concreto que menciona el Código Civil y cumpliendo con sus prescripciones. Por ello y, ante todo, debe afirmarse que la competencia del notario es para decidir sobre la adopción o no de la medida, una vez que le ha sido solicitada, y que no podría hablarse propiamente de una competencia notarial de jurisdicción voluntaria ni sería exacta la expresión legal: "*el Notario podrá adoptar…*", si en realidad está obligado a imponer todas aquéllas medidas que le sean solicitadas.

Y todo ese proceso, de recepción de la petición, valoración de su oportunidad y contenido de la medida, el notario deberá sujetarlo a lo que se ordena "*en este Código y en la legislación notarial*" (Art. 1020CC). Pero lo cierto es que no encontramos fácilmente tales prescripciones en esas dos normas, puesto que el Código –cuando regula la aceptación a beneficio de inventario– no contiene un elenco de "provisiones de custodia" específicas, entre las que el notario pueda limitarse a elegir las que considere más oportunas, y la Ley del Notariado es más parca aún, pues no hace mención ni a medidas cautelares en general ni a la administración de los bienes en particular (una razón más y muy importante que me ratifica en mi opinión, que ya dije al principio, de que el régimen jurídico del expediente no puede limitarse al Código Civil y la Ley del Notariado, y que se hace necesario acudir a normas "próximas" del Código Civil –principalmente–, pero también a normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil; normas que no tratan de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, pero sí de la aceptación de la herencia, de la administración de la misma, del aseguramiento de los bienes, de la interinidad en la condición plena de heredero, etc.; normas que cumplen con el criterio de la "*identidad de razón*" que requiere el artículo 4 del CC para poder usar la analogía).

En suma, creo oportuno y propongo que el notario tome en consideración, entre otros, los siguientes criterios:

Proceso de adopción de la medida

— Si la sucesión es testada, el notario debe dar preferencia a las eventuales instrucciones que hubiera dejado dichas el testador, en relación con la administración y en su caso la custodia de los bienes, durante el periodo previo a su entrega a los herederos. Aunque siempre teniendo en cuenta que los acreedores no estarán vinculados por tales preferencias del testador y tienen derecho a velar por sus propios y distintos intereses; a diferencia de lo que ocurre con los legatarios y -en su caso- los coherederos que no participen en el expediente como promotores, una vez que unos y otros han aceptado la herencia.

— A falta de ellas, el notario comenzará por pedir a quien le haya solicitado la adopción de medidas –recordemos que el Código requiere previa instancia de parte– que le haga propuestas concretas y que, en su caso, le sugiera nombres de administradores.

— El notario solicitará su opinión sobre tales propuestas a los demás interesados personados.

— Si hubiera oposición de algún acreedor o legatario –no judicial, pues si fuera de tal tipo el expediente debe concluir una vez que le conste al notario la intervención del juzgado–, el notario decidirá sobre ella según su criterio, informando en su caso al oponente de la posibilidad de acudir a esa vía judicial.

— Incluso aunque no haya oposición de terceros, si el propio notario considerara que no son idóneas las personas propuestas para la administración o son incompletas o inadecuadas las medidas cautelares solicitadas, podrá solicitar nuevas precisiones o incluso denegar la pretensión. En particular, si la herencia incluye bienes afectos o necesarios para actividades económicas o profesionales, debe exigir que la administración propuesta incluya las disposiciones necesarias para no perjudicar su continuidad.

— Por último, hecho todo lo anterior, decidirá el notario sobre las pretensiones formuladas, como le parezca más oportuno.

— Toda decisión denegatoria debería ser susceptible de recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Administración de los bienes, durante la formación del inventario:

Con mucha frecuencia, esta administración transitoria será innecesaria, al menos entendida como el resultado de un nombramiento que haga el notario –que es lo que contempla el artículo 1020 del CC–, pues, siempre que haya herederos que la tengan aceptada la herencia, ellos serán los administradores naturales de la herencia.

Desde la aceptación –sin importar que sea pura y simple o a beneficio de inventario–, el heredero y por tanto también en su caso el promotor del expediente es ya propietario de los bienes y tiene la libre disposición de los mismos –por más que una enajenación no reglada le impedirá alcanzar o, si fuera el caso, le hará perder el beneficio ya obtenido; pero nada más, y tal problema es asunto sólo suyo–; de modo que dentro y como una más de sus facultades dominicales también tendrá todas las llamadas de administración (salvo excepciones ajenas al expediente, como ocurrirá si los bienes están dados en usufructo o el causante ha encomendado la administración a un tercero). Una situación poco frecuente en cualquier otro supuesto legal de nombramiento de administrador, en los que generalmente se trata de suplir la imposibilidad del propietario de actuar por sí mismo.

Cuestión distinta es que –concurriendo ambos y no queriendo serlo los dos– deba ser preferido al promotor el coheredero que haya aceptado de modo puro y simple, de modo análogo a lo dispuesto en el artículo 802 del CC; teniendo en cuenta que, si el heredero que acepta pura y simplemente, en uso de esta administración, realizara actos perjudiciales para los acreedores o legatarios, no por ello aumentaría su propia responsabilidad –que ya es plena de todos modos–, pero tampoco la del heredero que llegue a acogerse al beneficio, puesto que no concurriría su propia culpa.

Incluso si el promotor aún no ha aceptado la herencia, no por ello deberá quedar excluido de la administración, puesto que las leyes permiten que lo sea incluso un tercero; mucho menos si tenemos en cuenta que bien podría ocurrir que mute su estado en el curso del propio expediente, porque acepte la herencia antes de concluirlo. Más aún, si se diera este caso, el promotor que manifieste su aceptación de la herencia durante la formación del inventario (porque no haya necesitado que esté completo para culminar su deliberación), tiene en mi opinión pleno derecho a dirigirse al notario y solicitar el

fin anticipado de la administración conferida a un tercero, declarando que la asume él, en su condición de propietario de los bienes.

No obstante todo lo anterior, incluso existiendo herederos, puede darse el caso de que no deseen asumir la administración o no se pongan de acuerdo sobre el modo de hacerlo, o sencillamente que no se hayan pronunciado al respecto. En cualquiera de esos casos, el promotor, los herederos, los acreedores y los legatarios pueden dirigirse al notario y solicitarle el nombramiento de un administrador.

Para estos últimos casos, y como criterios de preferencia en la designación del administrador por parte del notario, propongo los siguientes –por el orden en que se mencionan–, y siempre teniendo en cuenta que el designado deberá aceptar el cargo, de modo que, si se trata de un heredero, la situación deberá ser compatible con el presupuesto establecido de que los herederos no hayan querido o sabido organizar por si la administración.

Preferencia para ser nombrado administrador:

— Si la herencia es testada, el administrador nombrado por el causante, que con frecuencia será el albacea, contador-partidor.

— El cónyuge viudo del causante; quien además es muy posible que ya sea el usufructuario de los bienes de la herencia, y tendrá ya atribuida por tanto su posesión y la administración ordinaria de ellos.

— Alguno de los herederos que hayan aceptado de forma pura y simple (Cifra Art. 802 CC)

— El propio heredero que pretende utilizar el beneficio, con preferencia, si fueran varios, al que ya ha aceptado la herencia y no se ha limitado a reservarse el derecho a deliberar.

— En su defecto, cualquiera otra persona propuesta.

Aceptación del cargo de administrador:

Aunque el Código Civil no se refiera a ello, en mi opinión, es necesario que el designado acepte el cargo, ante el notario que le nombra, pues no se trata de un simple representante, sino de alguien que asume obligaciones y responsabilidades.

Además, y en mi opinión, el nombrado deberá manifestar que no incurre en conflicto de intereses. (más allá del caso del heredero que sea al mismo tiempo acreedor de la herencia; una posibilidad que expresamente contempla el Código Civil y que, en mi opinión, no le priva de su derecho a ser el administrador ordinario; examinaré este asunto al tratar de las actuaciones posteriores al inventario).

Y el notario deberá dejar la debida constancia de todo ello en el expediente.

Contenido y alcance de la administración acordada:

La función que, como mínimo, pero también siempre realiza el administrador es la de alzarse como el imprescindible interlocutor que necesitan tanto los terceros personados en el expediente (acreedores del causante y legatarios) como otros extraños que deban relacionarse con los bienes (administraciones públicas, comunidades de propietarios, acreedores de la propia herencia, por los negocios que sea necesario celebrar durante el expediente, etc.).

Por lo demás, lo habitual y lo deseable sería que el administrador se limitara a realizar actos no dispositivos (pues no estamos en la fase de liquidación y pago). Cuando se trate de un periodo breve –de unos pocos días–, generalmente bastará con medidas mínimas de simple conservación de los bienes, pero cuando se agoten los plazos ordinarios del Código Civil, y sobre todo cuando se ordena su prórroga, la probabilidad de que el administrador deba adoptar decisiones más comprometidas crecerá exponencialmente.

Además de ello, tal posibilidad de realizar actos que excedan de la mera administración y conservación de los bienes, o sea, los actos de propia disposición, debería depender del tipo de bienes de que se trate y sobre todo de la función económica y social que cumpla.

Piénsese, de un lado, en los perecederos, como ocurre con la mayor parte de los productos agrícolas, pero también en los bienes afectos a una actividad económica. Aunque el Código Civil no haga distinción alguna al respecto, me parece esencial hacer consideración separada del caso en el que el causante es un comerciante, un emprendedor o un profesional, que mantiene una actividad empresarial o "económica", en la que quizá los herederos o alguno de ellos ya participaban o que en todo caso los herederos quieren continuar –al menos provisionalmente–. En tales supuestos es claro que el promotor del expediente, los demás herederos y el administrador -si

es que se le llega a nombrar formalmente– deben hacer lo que consideren necesario para conservar la actividad normal de la empresa; lo que bien puede conllevar –será lo normal– actos de adquisición y disposición de bienes y servicios, o incluso la contratación o continuación de operaciones financieras que venían siendo habituales en esa empresa, en los mismos términos y amplitud de competencias que correspondería a la figura del factor (Arts. 284 y 285 Código de Comercio). Más aún, el principio de conservación de la actividad que proclama la legislación concursal, obliga, en mi opinión, a que no pueda tomarse por el notario una medida cautelar, sea relativa a la administración o a la conservación de los bienes, que pueda poner en peligro innecesariamente la viabilidad de la actividad económica a la que estén afectos todos o algunos de los bienes de la herencia, si no es por mandato judicial.

Requisitos y efectos de los actos de disposición:

CC: Artículo 1024. El heredero perderá el beneficio de inventario: 2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización. No obstante, *podrá disponer de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de los demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido.*

CC: Artículo 1026. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

En los supuestos ordinarios, el administrador del que ahora hablamos, sea o no el propio heredero, sólo podrá enajenar bienes ateniéndose a las previsiones del Código Civil, de modo que los requisitos para la validez de tales actos de disposición serán los de los artículos 1024, in fine, y 1026 del CC, normas que me parece que son ambas válidas y aplicables, tanto a la fase de formación del inventario, como a la posterior del pago de las deudas.

Pero, en el supuesto especial de dar continuidad a una empresa mercantil, no me cabe duda de que deben regir las normas propias de tal actividad, muy diferentes a las de un administrador del ámbito del derecho civil.

Pago de deudas y entrega de legados:

CC: Artículo 1025. Durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.

CC: Artículo 1026. Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

CC: Artículo 1027. El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores.

CC: Artículo 1028. Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho.

Ni el pago de las deudas ni la entrega de legados forman parte del expediente de formación del inventario, pero ello no significa que no se pueda o no se deba hacer, al margen, pero coincidiendo temporalmente con el momento de formación del inventario. Ciertamente, no será algo de la competencia del administrador nombrado por el notario para esta fase, pero sí pueden pagar los herederos (que a su vez puede coincidir que también sean los administradores, pero ahora actuando como dueños) y otras personas especialmente habilitadas, tales como el albacea y el contador-partidor.

También podrá hacer tales pagos y entregas el administrador que, aunque se esté en la fase de formación del inventario, ya haya sido nombrado administrador de la herencia (en base al art. 1026CC), sustituyendo al administrador nombrado por el notario.

Prestación de fianza y rendición de cuentas:

— Respecto de la fianza, en mi opinión, ésta no es obligada cuan-

do se designa administrador al nombrado por el propio testador, ni al cónyuge viudo, ni al promotor que haya aceptado la herencia, ni a los coherederos que han aceptado de manera pura y simple.

Si el promotor del expediente aún no ha aceptado la herencia, creo que el notario que le designe administrador deberá decidir sobre la solicitud de los demás interesados de que se le obligue a prestar fianza y el modo de hacerlo.

Y si el nombramiento de administrador recae en cualquier otra persona, entiendo que los herederos, incluido el promotor, pueden solicitarle que preste fianza (Cifra art. 803 CC).

— Por lo demás (y como dice el Código Civil para esa fase posterior -art. 1032CC-), el administrador no está obligado a rendir cuentas de su gestión ante el notario que le nombra, que no podrá aprobárselas, sino ante los interesados en el expediente.

Finalización de la administración

La regla general debería ser la finalización cuando se cumpla el marco temporal previsto en el artículo 1020 del *CC:* "*durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia*"; pero el problema es que el precepto no deja claro si esas dos situaciones actuarán de modo alternativo o cumulativo, y además no serán sin duda las únicas causas de finalización.

Respecto a lo primero, es ciertamente posible la acumulación de supuestos, ya que el fin del inventario puede coincidir con el de la aceptación de la herencia, si se hizo reserva del derecho a deliberar –aunque me parece técnicamente más apropiado establecer la causa en el fin del expediente, puesto que el Código concede un plazo posterior a la finalización del inventario para manifestar el resultado de la deliberación, y no hay razón para dejar los bienes sin administración durante ese intervalo–; pero, aplicados por separado –que sería la interpretación más literal, pues el Código no dice "al fin del inventario", sino "durante"–, resulta contradictorio que baste la aceptación de la herencia para dar por terminada la administración, pues ése bien pudo ser el punto de partida: que la herencia ya estuviera aceptada en el propio momento de hacer el nombramiento (como ocurrirá siempre que no se haya hecho reserva del derecho a deliberar).

Además de ello, hay que decir que el expediente puede terminar sin resultado, y también en ese caso la administración debe con-

cluir. Es lo que le pasará, por ejemplo, si se incumplen los plazos máximos previstos o si pierde su objeto sobrevenidamente, porque el heredero decida repudiar la herencia o aceptarla voluntariamente de modo puro y simple, por supuesto sin molestarse en tales casos en completar el inventario.

También terminará la administración si el designado para ella la renuncia y deja el cargo, al menos hasta que se haga un nuevo nombramiento. Además, sería lógico entender que terminará la administración si ella misma queda sin objeto propio, como ocurriría si se agotaran los bienes, tras pagar con ellos las deudas o legados.

Pero también debería concluir, si procediera sustituirla por la administración más estable y en definitiva más útil que regula el artículo 1026 del CC; como debería hacerse, por regla general y salvo excepciones, siempre que los herederos así lo pidan. Del mismo modo que también será posible -y en líneas generales aconsejable- que esta administración temporal de que ahora hablamos permanezca y continúe, al final del expediente, transformándose, sin solución de continuidad, pero con mayores competencias, en esa otra del artículo 1026. En cualquier caso, esas dos administraciones no pueden coincidir, de manera que el nombramiento de un administrador al amparo del artículo 1026 supone también el fin anticipado del administrador que resulta del artículo 1020. Trataré este asunto con más extensión al hablar de las actuaciones posteriores al expediente.

Podemos concluir pues que la culminación del inventario, la aceptación de la herencia o la suma de ambas cosas no son causas únicas, ni suficientes ni tampoco obligadas de finalización de la administración establecida por el notario, pero que podrían estar -lo estarán en ciertos casos- entre las verdaderas causas.

Otras medidas cautelares:

Salvo que la petición provenga del promotor, algo por lo demás poco probable, creo que la regla general debe ser un uso muy excepcional y restrictivo de tales otras medidas. A diferencia de la administración, que no es sino una manifestación más del dominio y por tanto alguien la ha de tener, sea el heredero o un tercero, las demás medidas cautelares necesariamente habrán de causar un gasto extra y alguna dilación en el expediente, por lo que deben

estar muy justificadas. (Recordemos que no es materia propia del inventario la reclamación y el cobro de las deudas, fases que sí que será razonable que conlleven y generalmente requerirán de ciertas cautelas, tales como la anotación preventiva de embargo o incluso la prohibición de disponer).

De entre las medidas posibles, la Ley del Notariado regula concretamente el depósito de ciertos bienes; acerca del cual cabe decir:

- Que el notario debe comenzar por decidir la necesidad o la conveniencia de constituirlo, atendiendo a lo dicho. En caso positivo:
- Como primera opción, podrá constituirse él mismo en depositario, autorizando la oportuna acta de depósito.
- Cuando los bienes consistan en dinero, valores e instrumentos financieros, en sentido amplio, en lugar de conservarlos él mismo, el Notario puede optar por depositarlos en la Entidad financiera colaboradora de la Administración de Justicia.

— También podrá el notario disponer el depósito de bienes distintos al dinero, valores e instrumentos financieros, en establecimiento especializado que entienda adecuado, asegurándose de que se adoptan las medidas necesarias para su conservación.

Además, si el depósito –ya esté en sus manos o encomendado a un tercero– consistiere en letras de cambio u otros efectos que se pudieran perjudicar por su no presentación en ciertas fechas a la aceptación o al pago, el Notario, a instancias del depositante, podrá proceder a realizar dicha presentación. En caso de serle satisfecho el importe, quedará sustituido el depósito de los efectos por su importe en dinero.

Gastos:

CC: Artículo 1033. Los gastos del inventario y las demás actuaciones a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellos gastos imputables al heredero que hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe.

Lo mismo se entenderá respecto de los gastos causados para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia.

Aunque la norma del Código Civil no deja mucho margen para excepciones, en mi opinión –que ya expresé al tratar de los requisitos del inventario–, la regla general es que deberían ser de cargo del solicitante los gastos de todo tipo que ocasione una medida excepcional, cuando el notario no la necesaria para el buen fin del expediente; y a salvo, claro está, que la medida esté consensuada entre todas las partes interesadas.

Entre tales casos excepcionales, me parece obligado incluir el depósito de los bienes (salvo que se trate de bienes cuya adecuada custodia y conservación requiera de conocimientos o medios técnicos especializados) y la valoración objetiva por perito que designe el notario (ya que se trata de un dato irrelevante para los terceros).

Modificación de medidas cautelares ordenadas por el notario:

El notario podrá modificar o sustituir las medidas adoptadas (nombramiento de administrador y otras cautelares), a petición motivada de parte interesada y –quizá– con audiencia de las demás.

Advertencias

Tales informaciones notariales, de las que hablé al principio de este apartado, pueden versar sobre todos y cada uno de los diversos aspectos del expediente de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, pero las más importantes a efectos prácticos las podemos agrupar en función de la fase del expediente a que se refieran, distinguiendo tres momentos: el previo a la iniciación del expediente, en el que la principal cuestión a analizar será la conveniencia de optar por acogerse al beneficio, atendiendo a sus efectos y a los costes -de todo tipo- necesarios para alcanzarlo; la propia fase de desarrollo del expediente y singularmente de la formación del inventario; y el momento final de las consecuencias de haber obtenido el beneficio, especialmente en cuanto a todo aquello que, por ley, es necesario hacer y –quizá más importante aún– lo que no está permitido.

Conveniencia de solicitar el beneficio de inventario:

Ya he expresado en la introducción a este estudio mi opinión

muy favorable al uso del beneficio de inventario, y además de modo generalizado y realmente rutinario, de manera que más bien se trataría de preguntarse si en el concreto supuesto de hecho existen razones particulares que lo desaconsejen.

A este respecto, y si se le pidiera consejo al respecto, creo que el notario –tras indagar sobre tales circunstancias del caso concreto, y a reserva de lo que las mismas prescriban–, debe hacer las siguientes recomendaciones, por orden de preferencia:

— Si el heredero cree –o cree saber– que no hay deudas, la de aceptar la herencia a beneficio de inventario, pero sin promover expediente especial alguno, simplemente como una parte más de la aceptación, adjudicación y partición de la herencia.

— Si sí conoce la existencia de deudas, la de hacer previa reserva del derecho a deliberar (mejor que una inmediata y precipitada renuncia de la herencia), seguida de la formación de un inventario, una actividad cuyos gastos, en cualquier caso, serán a cargo de la herencia, y por tanto no pesarán sobre el heredero, aunque finalmente renuncie (siempre que la herencia tenga bienes con qué pagarlos, pero incluso con preferencia a otros acreedores).

Si el heredero se hubiera reservado el derecho a deliberar, el notario le advertirá de que, cuando concluya el inventario –y salvo que lo haga antes, que también puede–, deberá adoptar una decisión definitiva sobre si acepta o rechaza la herencia. Para ello, deberá tener en cuenta, al menos:

— Que, si la herencia es definitivamente deficitaria, con deudas ciertas y ya vencidas o que vencerán a corto plazo, probablemente, lo más razonable sería repudiarla. Pero sin olvidar que el heredero, por consideraciones no estrictamente económicas, no siempre querrá hacer eso, de modo que, si de todos modos prefiriera aceptar, el notario debería aconsejarle que lo haga a beneficio de inventario.

— Y que, si las deudas son futuras o inciertas, en su cuantía o su efectividad, la decisión a adoptar seguramente es muy complicada, y que el notario no es un profesional especialmente preparado para dar indicaciones sobre ello, pues el problema no es propiamente jurídico, sino económico (y quizá el consejo debería provenir de pro-

fesionales con esa formación técnica). Lo que principalmente compete al notario en estos casos es advertir al promotor del régimen legal al respecto de tales deudas especiales; un régimen que, en mi opinión y desgraciadamente, no está demasiado claro. De nuevo, si la opción final del heredero fuera la de aceptar la herencia con tales deudas, sin duda el consejo notarial debe ser también aquí el de utilizar el beneficio de inventario.

Si el heredero optara por promover el expediente, en alguna de sus dos modalidades, el notario le informará de aquellos actos a los que la ley anuda como consecuencia una aceptación pura y simple de la herencia –incluso con el expediente en marcha-, y también de aquellos otros que traen consigo la pérdida del beneficio -incluso después de alcanzado–. En definitiva, de qué puede hacer y cómo, y de qué debe evitar. Y, en algunos casos, también le deberá advertir del tiempo, quizá muy dilatado, durante el cual estará sujeto a tales restricciones.

Lo que ocurre es que ese régimen especial en que queda la herencia, a consecuencia de haberla aceptado a beneficio de inventario, puede ser precisamente el motivo por el que el heredero prefiera no acogerse a él. Por ello, y aunque se trata de advertencias notariales del propio expediente y es en él en el que deben ser hechas y quedar reflejadas, creo que el notario, al que duda si convertirse o no en promotor del expediente, le debe proporcionar una relación breve pero suficiente de todo ese régimen jurídico. A saber:

Efectos del beneficio:

— Que el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma, y que no se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia, de modo que conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

— Que, hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, la herencia queda bajo la administración.

— Que los gastos del inventario y las demás actuaciones a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de

inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia.

Pérdida del beneficio (entendiéndose que la herencia se acepta de manera pura y simple):

— Si por su culpa o negligencia no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas, o dejare de incluir en él alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

— Si, antes de completar el pago de las deudas y legados, enajenase bienes de la herencia sin las formalidades ordenadas por el Código Civil, o si, tras reservarse el derecho a deliberar y antes de aceptar a beneficio de inventario, el heredero realizara los actos a los que el Código Civil asigna el efecto de una aceptación pura y simple.

Advertencias sobre actos preparatorios que faciliten el uso del beneficio de inventario:

Desde otro punto de vista, este asesoramiento previo del notario puede extenderse también a una fase muy precoz –y más eventual–. Me refiero al momento del otorgamiento del testamento que va regir esa herencia ahora en cuestión, en el que el notario puede aconsejar al testador que incluya en sus disposiciones medidas que faciliten en su día la utilización por sus herederos del beneficio de inventario, si es que decidieran hacerlo. Se trata principalmente de evitar en lo posible la aceptación tácita de la herencia, por actos del heredero que probablemente él no sabrá que tienen esa trascendencia jurídica, al mismo tiempo que de alargar los plazos para poder iniciar el expediente; dos efectos que pueden conseguirse confiriendo el testador la posesión de los bienes hereditarios a una tercera persona –por ejemplo, a su cónyuge, cuando, por haber hijos, éste no es heredero y no tiene el peligro de responder ultra vires, o a un albacea en otro caso–.

Igual de aconsejable es que el testador encomiende la administración de la herencia y sobre todo el pago de las deudas y la entrega de legados a ese mismo cónyuge viudo o a un tercero. Como veremos al tratar de las actuaciones posteriores al expediente, ese asunto del pago de deudas y legados es el más com-

plicado y con mucho el peor regulado por el Código Civil, de modo que las predisposiciones del testador sobre este punto pueden ser decisivas, incluso para hacer simplemente viable el beneficio de inventario.

Si el notario ha conseguido convencer al testador de la utilidad de esa vía o al menos de dejarle la puerta abierta, le convendrá a éste hacer tales encargos y conceder al administrador las facultades necesarias. A este respecto, creo que no hay inconveniente en que el testador encomiende la liquidación de la herencia, en la parte necesaria, y el pago de las deudas a los propios herederos, pero aclarando que deberán hacerlo en calidad de administradores y, por lo tanto, sin necesidad de previamente aceptarla, (como representantes del propio causante, y completamente al margen del artículo 1026; y sin que me parezca aplicable aquí la incompatibilidad establecida en el artículo 1057 para el contador-partidor, pues ni se trata de tal figura ni el conflicto de intereses que allí se trata de evitar podría darse en el pago de deudas). Respecto a la entrega de legados, el testador podría ser mucho más tajante, disponiendo por ejemplo que la aceptación del legado supondrá inexcusablemente la aprobación o ratificación de todas las operaciones liquidatorias –venta de bienes para pagar deudas– acordadas por todos o por la mayoría de los herederos.

Con la misma finalidad, también puede el notario facilitar el uso del beneficio de inventario haciendo una advertencia -incluso escrita- al heredero, con motivo de expedirle copia del testamento de su causante o de emitir el juicio de notoriedad en que termina la declaración de herederos ab intestato, momentos muy relevantes a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1014 del CC (que es el que establece el plazo inicial más breve).

Advertencias iniciales al promotor del expediente:

Una vez que el notario reciba la petición de formar el inventario, y antes de aceptarla, el notario deberá determinar:

— Que el expediente es posible, porque aún lo sea aceptar de ese modo, en función de los plazos y de las actuaciones previas del heredero.

— Que es necesario, por no estar en alguno de los casos en que

puede prescindirse de él sin por ello perder el beneficio (como ocurre si se ha recibido la herencia de otro heredero que la ha tenido en su poder por más de un año; o cuando existe un inventario anterior que le parezca correcto al heredero, o que para variarlo no sea necesario citar a los acreedores y legatarios; o cuando la herencia está en concurso; etc.).

— Que el promotor dispone de la documentación necesaria (distinguiendo entre aquélla que es absolutamente imprescindible y la que, incluso faltando, no impide su inicio o su desarrollo).

— Que el heredero reúne las condiciones legales necesarias para promover el expediente.

— Que no existe una situación de litispendencia judicial que lo impida.

— Que el notario es él mismo competente, según los criterios legales, debiendo en otro caso informar al promotor sobre las distintas opciones que al respecto prevén las normas de derecho internacional privado –en su caso– y la Ley del Notariado.

— Etc.

Una cuestión muy importante sobre la que el notario debe informar al promotor, también con carácter previo, tiene que ver con las dos modalidades que regula el *Código Civil:* la aceptación a beneficio de inventario, de un lado, y la reserva del derecho a deliberar, de otro. Según una parte de la doctrina, incluso después de haber aceptado a beneficio de inventario, el heredero aún puede tanto aceptar como repudiar, la herencia; es decir que, según esta interpretación, y en la práctica, todo expediente lleva consigo el derecho a deliberar y a retrasar la decisión hasta el momento en que concluya el inventario. En mi opinión, esto no es así, de modo que creo que la opción del promotor por una u otra vía debe quedar clara en el requerimiento inicial, y que por tanto el notario debe informar al promotor de las diferencias entre ellas.

Por último, deberá informarle de los distintos trámites que será necesario cumplimentar y en qué consisten éstos.

Advertencias durante la tramitación del expediente:

El notario hará a cada parte –según sea su función en el expediente– y en cada momento –según la actuación de que se trate– las advertencias adecuadas, acomodándolas a las circunstancias del caso y la persona. Sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar las relativas a: plazos de las distintas actuaciones, citaciones, posibles actuaciones a que tienen derecho los terceros convocados, requisitos del inventario de bienes, efectos del beneficio y razones para perderlo.

Y, aun cuando ya no sea asunto de su competencia directa, creo que conviene que el notario informe al promotor, cuando el expediente termine, sobre el régimen jurídico general de las actuaciones posteriores, o sea, las del pago de deudas y entrega de legados. Y, de modo muy especial, sobre la posibilidad de vender bienes sin pérdida del beneficio; a saber:

— Que podrá disponer libremente de los valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, especificando la aplicación que se dará al precio obtenido.

— Que, respecto de cualquier otra clase de bien, podrá hacerlo:

a) Con autorización de todos los interesados. Para lo que debe tener en cuenta que se entiende por tales interesados los que efectivamente lo sean al tiempo de realizarse la enajenación, sin que tengan por qué coincidir con aquéllos que han intervenido o han sido citados en la formación de inventario; de un lado, porque ya no lo serán los acreedores que hayan cobrado sus créditos o los legatarios que hayan recibido sus legados; de otro, porque será igual de necesario contar con los acreedores que hayan aparecido con posterioridad al cierre del expediente.

b) Sin necesidad de autorización, siempre que el heredero lo enajene en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados (los del momento), especificando la aplicación que se dará al precio obtenido.

Haciéndole notar que, siempre que –por establecerlo así el Código Civil o porque sea una condición de los interesados– se haya im-

puesto al heredero o al administrador de los bienes de la herencia la obligación de aplicar de determinada forma el precio de lo vendido, la inobservancia de los términos de la misma facultará a quien se tenga por perjudicado a solicitar judicialmente -no del notario- que el heredero pierda su beneficio.

Finalización del expediente

"*Terminado el inventario*", dice el artículo 68 de la LN, "*se cerrará… el acta*", en una formulación impersonal que naturalmente ha de ser imputada al notario.

Sin embargo, una vez terminado el inventario, cerrar el acta no es lo primero que deberá hacer el notario, sino más bien lo último.

Por un lado, puede que estemos ante una nueva demostración de la resistencia de la Ley del Notariado a conceptuar el procedimiento como un auténtico expediente de jurisdicción voluntaria a cargo de un notario, pues la expresión más correcta hubiera sido sin duda la de "terminado el expediente…", dado que, por ejemplo, la aceptación o renuncia del promotor que se hubiera reservado el derecho a deliberar ocurrirá después y no antes de tal terminación, y no cabe duda de que tanto una como otra voluntad del promotor, según el Código Civil, deberán tener cabida en el acta. Pero tampoco es correcto –o al menos es insuficiente– que la orden al notario esté condicionada a un resultado particular –la terminación del inventario–, que no puede darse por descontado, ya que el expediente puede finalizar sin él o, dicho de modo más general, también puede hacerlo sin el resultado pretendido, ya porque haya perdido su objeto (por renuncia a la herencia o por renuncia del promotor a alcanzar el beneficio de inventario), ya porque la ley obligue a dejarlo en suspenso (por haberse planteado un procedimiento judicial –o "un proceso jurisdiccional", como le llama el artículo 6 de la LJV– que tenga su mismo objeto).

Y es claro que, en todos esos casos, el acta también "*se cerrará*", como pide la Ley del Notariado.

Veamos cada situación:

a) Concluido el inventario –y antes de cerrar el acta, como ordena la Ley del Notariado– deberán necesariamente ocurrir varias cosas, todas las cuales dejarán su reflejo en el expediente. Entre ellas:

— Si el promotor se reservó el derecho a deliberar, deberá expresar ante el notario el resultado de sus consideraciones al respecto.

— Si el promotor no expresó su convicción inicial de conocer el contenido completo de patrimonio que deja su causante o si, incluso en caso contrario, durante el expediente, él mismo u otros interesados han aportado la noticia de nuevos bienes o deudas, el promotor deberá expresar su decisión final al respecto, pues sólo a él –y bajo su responsabilidad– le corresponde determinar el contenido del inventario.

— Respecto de las eventuales medidas cautelares adoptadas o aprobadas por el notario durante el expediente, probablemente, no será necesario darlas por finalizadas, puesto que el propio Código, en su artículo 1020, ya establece que su vigencia sólo se extiende "*durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia*" (aunque ya he expresado antes mis reservas a propósito de esta frase).

Y lo mismo cabría decir, en principio, de la administración que para ese mismo periodo pueda haber ordenado el notario. Sin embargo, y a diferencia de las demás medidas, hay que tener en cuenta que, llegado ese momento final del expediente y "*hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios*", "*se entenderá que se halla la herencia en administración*" –como dice el art. 1026CC–. En mi opinión, el expediente es lugar perfectamente adecuado para que el promotor y los coherederos plasmen su decisión –si la alcanzan– de que esta otra administración continúe en manos de quien desempeño la primera, que prolongará así sus funciones. Por lo tanto, y siempre que no se hubiera dicho así cuando se estableció la administración del artículo 1020 del Código Civil, podrán ahora los propietarios de los bienes recoger en el expediente el nombramiento de este otro administrador del artículo 1026 del mismo Código.

Hecho lo cual, y siempre antes de cerrar el acta, el notario deberá, por ejemplo:

— Dejar constancia del eventual incumplimiento por parte del promotor del plazo previsto en el artículo 1019 del CC, haciéndole saber, mediante su constancia escrita en el acta, que se ha produci-

do el efecto legal de entenderse que ha aceptado la herencia pura y simplemente (todo ello, claro está, sin perjuicio de que el promotor pueda conseguir la rehabilitación de su derecho ante los tribunales).

— Notificar al administrador nombrado por él y que sea distinto del promotor que ha concluido su función, por lo que, en adelante, debe abstenerse de realizar los actos propios de su cargo.

b) Finalización prematura del expediente: No serán necesarias las actuaciones anteriores en caso de que el expediente no concluya de forma positiva (y de nuevo con total independencia de que el inventario está terminado o no). Un final negativo que, a su vez, puede ocurrir:

— Por renuncia a la herencia (cuando el promotor se hubiera reservado el derecho a deliberar, pues en otro caso su manifestación de aceptar es irrevocable –en los términos del art. 997CC–):

A efectos puramente documentales, si el expediente concluyera con la renuncia del heredero, podría plantearse la cuestión de la forma correcta de plasmar esa renuncia; lo que a su vez puede exigir respuesta a la previa de si tal renuncia es parte del expediente o una actuación ajena al mismo. Las notas enviadas por el Consejo General del Notariado -a propósito de la aplicación general de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria- nos dicen que la repudiación de herencia debe constar en escritura pública; pero en realidad, el Código Civil lo que dice en su artículo 1008 es que "*la repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público*" (y, sin duda, un acta lo es). Sin embargo, en mi opinión, no hace falta acudir a tal razonamiento, puesto que la repudiación sí que es parte del expediente, como claramente dice el artículo 1019 del mismo Código. Ya he expresado en otro lugar de este estudio mi conclusión de que la aplicación de este último artículo debe hacerse en sus propios términos, y que es exacta la restricción inicial, dirigida sólo al "*heredero que se hubiere reservado el derecho a deliberar*"; de modo que el heredero que promueve el expediente después de haber aceptado a beneficio de inventario ya no podrá repudiar la herencia. Por tanto, si media la reserva del derecho a deliberar, la repudiación –como la aceptación– es una parte fundamental del expediente, y su seno el

lugar adecuado para –como dice el Código– "*manifestar* [su decisión] *al Notario*".

— Por oposición de parte interesada:

CC: Artículo 1010. Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido.

CC: Artículo 1013. La declaración a que se refieren los artículos anteriores no producirá efecto alguno si no va precedida o seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes.

LN: Artículo 68. Terminado el inventario, se cerrará y protocolizará el acta. Quedarán a salvo en todo caso los derechos de terceros.

CC: Artículo 1024. El heredero perderá el beneficio de inventario…

Reglamento Notarial: Artículo 209: En el caso de que fuera presumible, a Juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo.

Ni el Código Civil ni la Ley del Notariado regulan la oposición a este expediente ni, por tanto, la finalización del mismo por tal motivo. El primero establece requisitos sin cuyo cumplimiento el beneficio no llega a alcanzarse y sanciona ciertos actos con la pérdida del beneficio ya alcanzado, pero no ofrece a los terceros la posibilidad de oponerse. Y la segunda es aún más tajante, pues anuda la finalización del expediente a la terminación del inventario, de modo aparentemente automático. (A lo que debo añadir que no creo aplicable aquí, ni directamente –pues no es el mismo caso– ni tampoco por analogía –pues no creo que haya un vacío normativo–, la norma del párrafo segundo del artículo 209 del Reglamento Notarial).

Lo que no significa que sea imposible oponerse a la pretensión de un heredero de aceptar la herencia a beneficio de inventario.

Creo que no puede hacerse en el propio seno del expediente de jurisdicción voluntaria ni, por tanto, ante el notario encargado de

sustanciarlo, y que tampoco se hubiera podido hacer dentro del expediente cuando el inventario era judicial –antes de la reforma de 2015–, pues aquel procedimiento, como éste de ahora, tampoco era contencioso y ésta es la única forma permitida de oposición. Pero que lo que desde luego sí cabe es la oposición judicial. El expediente y sobre todo el beneficio de inventario requiere el cumplimiento por el heredero de ciertos requisitos previos, de modo que un tercero interesado –al que mejor sería llamar perjudicado, pues seguramente el juez le exigirá interés legítimo y que haya actuado él mismo con la debida buena fe– puede denunciar su incumplimiento. Regirá entonces la regla general del artículo 6 de la LJV, según la cual "*no se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos" y "se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle*".

Acreditada al notario la existencia del proceso judicial, éste procederá sin duda en la forma ordenada por la ley: suspenderá el expediente, lo archivará y –probablemente a requerimiento del tribunal– remitirá "*las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que las incorpore a los autos*".

(No corresponderá al notario tramitar el incidente del artículo 43 de la LEC, porque ésa es una actuación jurisdiccional completamente ajena a sus competencias.)

Efectos de la suspensión:

Un problema marginal derivado de la oposición judicial es el de determinar su eficacia, tanto sobre la limitación de responsabilidad inmediata del promotor del expediente, como sobre la propia aceptación de la herencia (si es que ésta se llegó a producir).

Respecto de la limitación de responsabilidad, creo que la ley dice bien cuando afirma que el efecto es la suspensión del expediente (aunque desde el punto de vista del procedimiento ante el notario éste concluya y por tanto se archive). Recordemos que

la limitación de responsabilidad se inicia, aunque sea de manera provisional, desde que el promotor inicia el expediente, incluso aunque haya aceptado la herencia y no se haya limitado a reservarse el derecho a deliberar sobre ello. Entiendo que la oposición no altera este régimen; al menos, por sí misma, y sin perjuicio de que la decisión judicial que resulte de tal juicio ordene alguna otra cosa, como ocurrirá, por ejemplo, si el juez ordena la definitiva adquisición o pérdida del beneficio, dando carácter firme a la indefinición sobre la limitación de la responsabilidad del heredero (y sin perjuicio de que pudiera perder el beneficio por ciertos actos suyos posteriores).

Del mismo modo, quedarán en suspenso los plazos por los que debe desenvolverse el expediente, puesto que el promotor ya no está autorizado a culminarlo, y de manera que tampoco podrá incumplir sus requisitos –provocando con ello la aceptación pura y simple–.

Un problema en cierto modo diferente es el de los efectos de la oposición sobre la aceptación en sí de la herencia (por tanto, un problema que no podrá darse si el promotor se reservó el derecho a deliberar). Tanto si el procedimiento judicial a que da lugar la oposición versa precisamente sobre la regularidad del propio expediente de aceptación a beneficio de inventario (en el que recordemos que caben vicios de la tramitación que el Código Civil no sanciona con una aceptación pura y simple, como ocurrirá con carácter general en todos aquéllos en los que no concurra culpabilidad del promotor), como si lo hace sobre otros aspectos de la sucesión (por ejemplo, la validez del título sucesorio, la capacidad de obrar del heredero, su capacidad para suceder o el cumplimiento de la condición que le impone el testador), en ambos casos, si la resolución judicial no va acompañada de un pronunciamiento expreso de que, como sanción, debe entenderse que el heredero ha aceptado de manera pura y simple, el resultado no puede ser el de dividir la voluntad expresada por el heredero, de modo que permanezca su aceptación de la herencia, alegando que así lo dijo al inicio del expediente y su decisión es irrevocable, y callando que sólo aceptó bajo una cierta modalidad legal, y no de otra manera.

El artículo 1013 del CC puede tener diversas lecturas, pero sin duda la más literal es que, si el inventario no se hace, "*la declaración de hacer uso del beneficio*" "*no producirá efecto alguno*". De

manera que, si, por la razón que fuera, el heredero se viera privado de los efectos de la única forma de aceptar que declaró querer, pero, al mismo tiempo, ni la ley le ha impuesto ni un juez le ha condenado a estar y pasar por una aceptación pura y simple, también decaerán los efectos de su aceptación; al menos en su perjuicio, de modo que el heredero recobrará la posibilidad de repetir o culminar el expediente, ya sin vicios, pero, si nada de ello no fuera posible, también recuperará la libertad –en los términos en que la tuviera antes del expediente– para repudiar la herencia.

Si así se entiende, creo que el notario debe advertir de ello al promotor, cuando suspenda, cierre y archive el acta.

c) Cierre del acta

Hecho todo lo cual, ahora ya sí, el notario deberá cerrar el acta, pero no sin antes expresar el resultado del expediente.

Deberá declarar aceptada la herencia por el promotor a beneficio de inventario –si tal ha sido el caso–, lo que implicará su juicio de que se han cumplido los requisitos fijados por las leyes –con preferencia en su caso a los del Código Civil–.

O, por el contrario, lo cerrará en sentido negativo, en caso de oposición ante el juzgado, cuando se hayan incumplido requisitos legales necesarios, cuya apreciación caiga dentro de su competencia.

O lo cerrará en sentido positivo, aunque entienda que se han incumplido trámites legales, siempre que el notario no los tenga por esenciales o cuyo incumplimiento le sea justificado por el promotor, con afirmaciones que no corresponda a él valorar.

Y todo ello haciendo las oportunas advertencias (que no tendrán por qué limitarse a la única –y bastante anodina– que impone la Ley del Notariado, sobre la reserva de derechos de terceros).

Protocolización del acta:

"*Terminado el inventario, se protocolizará el acta*", dice el artículo 68 de la LN. Y evidentemente se tendrá que hacer así pues el acta es un documento protocolar.

A este respecto, podría plantearse la cuestión, puramente procedimental, de si el notario debe incorporar el acta al protocolo precisamente en ese momento que indica el artículo 68, o si ya le habrá

dado número de protocolo desde su apertura. Dado que la duración normal del expediente no se prevé en general muy larga, creo que no es necesario utilizar el mecanismo de la doble protocolización. No obstante, el notario siempre podrá acudir a él, sobre todo si sobreviene una demora excesiva e inesperada.

Protocolización del inventario:

Pero hay otro aspecto de la protocolización que no es tan evidente. El Código Civil no ordena la protocolización del inventario, una vez concluido; y la Ley del Notariado, en realidad, tampoco, aunque me parece que claramente da por supuesto que así se hará. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la partición judicial de la herencia, también mantiene una cierta ambigüedad, puesto que habla de "formar" el inventario, y no de guardarlo o archivarlo.

En rigor, la respuesta a esta pregunta debería depender de quien sea el autor del inventario; en el citado procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está claro que el inventario lo hace el Tribunal –art. 791LEC–, y por lo tanto sería extraño que no quedara constancia en autos del inventario. En el régimen de la Ley del Notariado, aunque exista una cierta indefinición a este respecto, ya he expresado mi opinión de que debe entenderse que el autor del inventario es el promotor del expediente, quien, por tanto –y al menos en cuanto al notario respecta–, podría delimitar el objeto de su requerimiento, prefiriendo protocolizar o no el inventario de bienes.

Sin embargo, creo que hay razones suficientes para sostener que el notario debe dejar siempre protocolizado el inventario. Así: el hecho de que esté previsto que el inventario sirva o pueda ser utilizado por los sustitutos del heredero que repudia la herencia o, en defecto de ellos, por los herederos ab intestato; la eficacia del inventario respecto de acreedores futuros, que ya no tendrán derecho a intervenir en el expediente ni solicitar que se repita (sin perjuicio de poder acreditar sus errores y conseguir la incorporación de nuevos bienes a la masa patrimonial de la herencia; como también lo pueden hacer los acreedores que sí que concurrieron); y, quizá sobre todo, el hecho de que el Código Civil –art. 1014– lo denomine "*inventario notarial*", con la consiguiente legítima expectativa de certeza que depositarán los terceros.

Sería extraño y absurdo que, después de haberse formalizado el expediente ante notario y obtenido por el promotor el beneficio de limitar su responsabilidad a los bienes inventariados, aún quedara abierto a discusión qué bienes en concreto fueron identificados durante el mismo. La incertidumbre derivada de la posible aparición de nuevos bienes es inevitable, pero debe evitarse la de aquéllos que se pusieron de manifiesto por el promotor y fueron declarados ante el notario.

ACTUACIONES POSTERIORES AL EXPEDIENTE Y AJENAS A ÉL

Las muchas y muy importantes actuaciones que el Código Civil regula, respecto de la administración y enajenación de bienes y sobre el pago de legados y deudas, son posteriores al expediente notarial en sí y ajenas a él.

Pero no necesariamente ajenas a la función notarial.

De un lado, porque forman parte de los elementos básicos de la decisión del promotor de utilizar o no el expediente. En realidad, es en esta segunda fase donde se concentran todos los inconvenientes prácticos de mayor relevancia (la formación del inventario, con más o con menos detalles y con unas formalidades u otras, forma parte de toda manifestación o partición de herencia e incluso es obligatoria a efectos fiscales). El notario debe pues hacer hincapié en estos aspectos, incluso antes de aceptar el requerimiento inicial, haciendo al interesado las oportunas advertencias.

De otro lado, porque los interesados -y no sólo el promotor- tienen derecho a interrogar al notario, que deberá informarles del régimen legal al que van a estar sometidos los bienes y sus respectivas posiciones jurídicas, como propietarios, como legatarios y como acreedores; y debe advertirles de las consecuencias de determinadas actuaciones que le digan que tienen intención de realizar, cuando sean contrarias a las previsiones legales.

Será frecuente que los herederos (el promotor, pero también otros coherederos), después de aceptada la herencia y concluido el expediente –como también antes, quizá– interroguen al notario acerca de lo que, una vez logrado el beneficio, pueden y no pueden hacer, y en su caso con qué requisitos. Y, lógicamente el notario, deberá formar una opinión al respecto de todo ello, para poder informar a quien se lo demande.

En mi opinión, las dudas más frecuentes y las respuestas más adecuadas son las siguientes:

Régimen de administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario (una vez concluido el inventario y con la finalidad de pagar deudas y legados).

¿Es obligado nombrar un administrador?

— La herencia se entiende que se halla bajo administración, por lo que alguien debe actuar en calidad de tal.

— Pero no es obligado nombrar administrador a un tercero, distinto de los herederos.

— Pues, una vez aceptada la herencia, incluso a beneficio de inventario, los herederos son sus administradores naturales.

— No obstante, los herederos pueden preferir encomendar el cargo a un tercero.

— También los acreedores y legatarios pueden solicitar del juez el nombramiento de un administrador, pero sólo cuando no lo haya, así como la remoción del administrador nombrado por los herederos.

¿Puede ser administrador el heredero que acepta a beneficio de inventario y es él mismo acreedor de la herencia?

— Es el propio Código Civil el que garantiza al heredero que acepta a beneficio de inventario que conserva todos sus derechos contra la herencia y, aun así, lo considera el administrador natural.

— Sin embargo, es probable que se produzca un conflicto de intereses, que el heredero sólo podría salvar relegándose a sí mismo en el cobro de su crédito o solicitando una autorización judicial especial al caso; por lo que –si estima que la herencia va a ser definitivamente deficitaria– puede ser preferible para él quedar al margen de la administración o solicitar que se nombre para tal cargo a un tercero.

El mismo administrador nombrado –en su caso– por el notario, durante la formación del inventario, ¿puede continuar, ahora como administrador de la herencia?

— La vigencia del cargo que tiene su origen en el nombramiento hecho por el notario termina con la finalización del inventario (e incluso antes, si la solicitud fue de una designación transitoria hasta

que se aceptara la herencia o si el expediente se inició bajo reserva del derecho a deliberar y el promotor acepta la herencia antes de concluido el inventario).

— No obstante, los herederos pudieron haber acordado en ese momento –y el notario haberlo hecho constar en el nombramiento– que el administrador entonces designado continúe siéndolo de la herencia, una vez concluido el expediente; y así ocurrirá normalmente si el administrador es un heredero o una persona designada por los herederos.

Si fuera necesario nombrar un administrador de la herencia, ¿quién debe hacerlo?

— El notario no es competente para este nombramiento, ni cuando se produce después de concluida el acta que recoge la aceptación a beneficio de inventario, ni cuando se hace durante tal expediente, pero por decisión de los herederos.

— Los herederos pueden designar administrador a cualquier persona, siendo lo más aconsejable que se designen a sí mismos.

— El nombramiento hecho por los herederos debe formalizarse en escritura pública.

— Los terceros pueden solicitar el nombramiento judicial de un administrador de la herencia, si no hubiera ninguno, y la remoción también judicial del actuante en ese momento. Si el juez designara como administrador a un tercero, los herederos pueden solicitarle que le imponga una fianza.

¿Qué facultades mínimas y qué deberes tiene el administrador?

— Puede y debe pagar las deudas reconocidas en el testamento o por los coherederos o que consten en un título ejecutivo, pero necesita el concurso de los herederos o autorización judicial para enajenar bienes –y convertirlos en dinero con qué pagar– o darlos en pago.

— Puede y debe entregar los legados.

— Representa a la herencia, en juicio y fuera de él, en actos de administración y en lo de disposición que sean necesarios para pagar deudas y legados y para conservar los bienes.

— Rinde cuentas de toda su actuación a los herederos –no siéndolo él también–, siendo responsable frente a ellos, en caso de actuación culpable o negligente.

— Rinde cuentas a acreedores y legatarios que no hubieren co-

brado por completo, siendo responsable frente a ellos, en caso de actuación culpable o negligente.

¿La existencia de un tercero administrador limita las facultades dispositivas de los herederos?

— No. Los herederos son propietarios de los bienes, y pueden administrarlos y disponer libremente de ellos, aunque sus actos pueden provocar la pérdida del beneficio, si no se atienen a los requisitos de enajenación previstos en la ley.

— Pero los herederos, que no son los responsables de ese proceso, no deben entorpecer el pago por el administrador a los acreedores y legatarios.

¿Pueden coexistir dos administradores, el nombrado por el notario, para la fase de la formación del inventario, y el administrador de la herencia, nombrado por los herederos –o por el juez–, para pagar deudas y legados?

— El Código Civil no regula esta materia, pero parece suponer que no habrá tal coexistencia. El administrador nombrado por el notario terminará con la aceptación de la herencia, y desde entonces los herederos son los administradores natos.

— La herencia se entiende en administración desde que se acepta y hasta que se pagan las deudas y legados, por lo que, si tal aceptación se hace al inicio del expediente de formación de inventario, los herederos serán los administradores natos y no será necesario que el notario nombre un administrador.

— Es posible y conveniente que el administrador nombrado por el notario –si se dio el caso– continúe ejerciendo sus funciones después de aceptada la herencia, pero ello requiere que así lo acuerden los herederos, pues el notario no tiene autoridad para ello.

¿Cuándo finaliza la situación de administración?

— Si el heredero pierde el beneficio de inventario, y queda como aceptante puro y simple.

— Cuando se agoten –en el pago de deudas y legados– los bienes de la herencia.

— Cuando resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios. La aparición sobrevenida de nuevas deudas no hace renacer el régimen de administración, pero el acreedor sigue pudiendo

reclamar contra los bienes de la herencia y los subrogados en ellos (además de contra los legatarios, en su caso).

¿Sobre qué bienes recae la administración?

— La administración recae sobre todos los bienes de la herencia cuyo dominio corresponde al heredero que ha aceptado a beneficio de inventario.

— Pero, si ese dominio es compartido con otros herederos o con terceros, tal administración será también compartida con los demás copropietarios, según las reglas propias del tipo de comunidad de que se trate –hereditaria o romana–.

¿Se extiende la administración a los bienes colacionables (si siguieran existiendo y aún pertenecieran al heredero que acepta a beneficio de inventario)?

— No, son bienes ajenos a la herencia, y la integridad de las legítimas una cuestión ajena al beneficio de inventario.

Requisitos para la venta de bienes de la herencia, sin pérdida del beneficio:

¿A quién corresponde la decisión de realizar tales enajenaciones liquidatorias?

— En primer lugar, al contador-partidor, testamentario o dativo; seguido de la persona a la que, por ley o por decisión de una autoridad, le corresponda hacer efectiva la herencia.

— El Código Civil no atribuye expresamente al administrador la facultad de realizar tales enajenaciones liquidatorias, pues no parece entender su figura como la de un liquidador.

— Son pues los herederos los ejecutores ordinarios de todas las fases de cualquier herencia, en tanto que propietarios de los bienes de la misma, ya que -no obstante el beneficio de inventario- mantienen intactas sus facultades dominicales, que normalmente incluyen la libre disposición. No obstante, es también su deber no interferir las facultades representativas que la ley o una eventual decisión judicial atribuyan al administrador de la herencia.

Pago de deudas

¿Desde qué momento es posible reclamar y desde cuándo se pueden pagar las deudas y los legados?

— El legatario no puede reclamar la entrega de su legado hasta que hayan sido pagadas todas las deudas conocidas, vencidas y exigibles.

— El acreedor puede reclamar el pago de su crédito en cualquier momento, incluso antes de que se inicie el expediente de aceptación de la herencia a beneficio de inventario. Pero debe tenerse en cuenta que:

● El beneficio de inventario no produce el vencimiento anticipado de las deudas a plazo, pero tampoco es causa legal de demora.

● La formación de un inventario o la aceptación con tal beneficio no interrumpen la prescripción de las acciones.

● Si hubiera juicio pendiente sobre la preferencia de los créditos cuyo pago se demande, será necesario esperar a que se dicte la sentencia que los gradúe.

— Los herederos pueden pagar cualquier deuda y entregar cualquier legado, en todo momento, antes, durante y después de promover el expediente de tal beneficio. Pero si finalmente la herencia fuera deficitaria y no hubieran respetado el orden de pagos previsto en el Código Civil, serían responsables personalmente (y por tanto también con sus propios bienes) de los perjuicios que causen al acreedor irregularmente preterido.

— El administrador de la herencia puede pagar -con dinero- cualquier deuda reconocida en el testamento o por los coherederos o que conste en un título ejecutivo, así como entregar cualquier legado -con dinero o con el bien específicamente legado-, en cualquier momento posterior a su nombramiento. Pero no es aconsejable que lo haga hasta que finalice el inventario, pues, en caso contrario, si finalmente la herencia fuera deficitaria y no hubiera respetado el orden de pagos previsto en el Código Civil (que presupone la exigibilidad de la deuda y la petición de cobro, y no el pago espontáneo), sería personalmente responsable de los perjuicios que cause al acreedor irregularmente preterido.

¿Se produce el vencimiento anticipado de las deudas a plazo?

— No. El heredero –no el administrador– puede ejercer el derecho generalmente reconocido al deudor de pagar anticipadamente (según los términos del contrato), pero debe respetar el orden de pagos previsto en el Código Civil, que, a igualdad de preferencia, da

prioridad "*a los que primero se presenten*", es decir, a los primeros en exigir el cobro, lo que a su vez presupone la exigibilidad actual de la deuda.

— ¿Procede el pago a prorrata de las deudas, cuando la herencia es definitivamente insolvente?

— No. El administrador está obligado a cumplir el orden de pagos que establece el Código Civil, que, en tal caso, no procura la igualdad de trato entre los acreedores, sino que ordena pagar por orden de presentación, aunque de este modo se agoten los bienes, después de satisfacer a algunos acreedores por entero y a otros en absoluto.

— Los herederos, el administrador (para salvar su responsabilidad) y el acreedor que ve peligrar su derecho pueden, cualquiera de ellos, promover el concurso de la herencia.

— Si el administrador aprecia que la herencia será deficitaria, para salvar su responsabilidad, debe notificar este hecho a los acreedores cuyo pago no pueda ser exigido de presente, por si desean promover el concurso de la herencia.

¿Qué formas de pago a los acreedores están permitidas, y no provoquen la pérdida del beneficio de inventario?

— El contador-partidor y el albacea, siempre que estén especialmente facultados, pueden disponer tanto del dinero como de los bienes de la herencia para pagar deudas y legados, ya sea liquidándolos, para convertirlos en dinero, ya dándolos en pago.

— Cualquier heredero que haya aceptado la herencia de manera pura y simple puede disponer libremente de los bienes que le hayan sido adjudicados en la partición, y resarcirse después de sus coherederos. Si ya están satisfechos todos los acreedores, ese pago interno entre herederos no está sujeto a limitaciones, aunque alguno de ellos haya aceptado a beneficio de inventario.

— Tanto el propio heredero que ha aceptado a beneficio de inventario como el administrador de la herencia en tal situación, por sí solos, pueden pagar deudas y legados con dinero de la herencia o mediante entrega de bienes específicamente legados o legado de cosa genérica, cuando las haya de su género en la herencia.

— La posibilidad de que el heredero que acepta a beneficio de inventario o el administrador de la herencia vendan bienes de la

herencia, para poder pagar con el dinero obtenido las deudas o legados está restringida a:

a) Valores negociables: siempre que se vendan en un mercado secundario.

b) Otros bienes: pueden venderse:

b1. En cualquier forma que haya sido previamente acordada con los herederos y legatarios y con los acreedores que aún no hayan cobrado su crédito.

b2. A falta de acuerdo, mediante subasta pública notarial, previamente notificada a todos los interesados.

— La posibilidad de que el heredero que acepta a beneficio de inventario o el administrador de la herencia den en pago bienes de la herencia a un acreedor requiere el consentimiento de los acreedores que aún no hayan cobrado su crédito, y de los herederos y legatarios. Cabe plantear si el silencio –después de una notificación fehaciente– podría considerarse como un consentimiento tácito.

¿Qué responsabilidad por las deudas del causante tienen los herederos que aceptan la deuda de manera pura y simple?

— Respecto de los bienes de la herencia, la responsabilidad por las cargas de la herencia es solidaria de todos los herederos, incluidos los que han aceptado a beneficio de inventario.

— Respecto de los bienes propios del heredero, la responsabilidad *ultra vires* –que es solidaria– corresponde únicamente a los que hayan aceptado de manera pura y simple, pero con deducción de la parte proporcional de tales deudas que hubiera correspondido a los herederos que han aceptado a beneficio de inventario.

— Siempre que proceda la solidaridad, el heredero demandado tiene derecho a provocar un litisconsorcio pasivo, incluyendo a los demás herederos –aunque sólo en la medida en que cada uno deba responder, según las reglas anteriores–; lo que en definitiva conlleva una mancomunidad interna.

¿Es posible partir la herencia antes de concluir el pago a los acreedores?

— Sí, pero los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado

en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.

— La Dirección General ha dicho -sin mucho fundamento- que es obligado notificar previamente la voluntad de partir a los acreedores, para que tengan ocasión de oponerse.

Entrega de legados

— El legatario no puede reclamar la entrega de su legado hasta que hayan sido pagadas todas las deudas conocidas, vencidas y exigibles.

— Los herederos pueden entregar cualquier legado, en todo momento, antes, durante y después de promover el expediente de tal beneficio. Pero si finalmente la herencia fuera deficitaria y no hubieran respetado el orden de pagos previsto en el Código Civil, serían responsables personalmente (y por tanto también con sus propios bienes) de los perjuicios que causen al acreedor irregularmente preterido.

— El legatario que cobra antes que un acreedor, y deba responder pues ante éste, lo hará sólo hasta el importe de su legado, y tiene derecho además a que se haga previa excusión de todos los bienes entregados a los herederos. En caso de haber varios legatarios en esta situación, la reducción de sus legados se hará con las normas del Código Civil.

Consideraciones teóricas sobre las cuestiones anteriores

CC: Artículo 1026. Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

Administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario:

— Momento del nombramiento del administrador:

No dice el Código Civil cuándo comienza la administración a la que se refiere el artículo 1026, la de carácter más estable; sino sólo

cuando acaba, lo que en buena lógica debería incluir cualquier fase previa, y por lo tanto todo el proceso de formación del inventario.

Sin embargo, no parece que el Código haya pretendido simultanear las dos administraciones que regula, en los artículos 1020 y 1026, puesto que no establece un sistema de coordinación de las actuaciones de ambos administradores; de manera que la primera, que tiene como duración máxima el periodo de formación del inventario, decaerá además cuando comience la segunda, o sea, la que se extiende hasta que estén pagadas todas las deudas (aunque también hay otras causas de extinción de tal administración, que no menciona el Código).

Aunque la exposición de los distintos artículos del Código Civil relativos al beneficio de inventario parece seguir una especie de orden cronológico, de modo que, "al llegar" a este artículo 1026, el inventario ya está hecho, la deliberación -en su caso- resuelta, y el beneficio obtenido, y comienza por tanto ahora –y no antes– la fase de pago de las deudas y legados, en realidad, tal secuenciación de procesos no tiene por qué darse, y lo cierto es que el Código Civil –aunque lo sugiere– no lo establece expresamente.

En mi opinión, el hito verdaderamente relevante a este respecto que estamos viendo de la administración –y también del pago de las cargas de la herencia, al que me referiré más adelante–, no es el de fin del inventario, y con ello el fin del nombramiento hecho por el notario, sino el momento de la aceptación de la herencia.

El artículo 1026 del CC no fija un límite inicial, sino sólo final de la administración. Si el expediente hubiera comenzado con la aceptación a beneficio de inventario, el heredero promotor del expediente –junto con sus coherederos, en su caso– ya es el administrador natural de la herencia, y la previsión del artículo 1020 del CC sólo tendría sentido en el caso de que hubiera un desacuerdo entre los herederos (lo que no es descartable, si coinciden algunos que aceptan de manera pura y simple con otros que lo hacen a beneficio de inventario) o si los terceros consiguieran remover tal administración que he llamado ordinaria, pues entonces sí que sería efectivamente necesario que el notario, a instancia de parte y como autoridad a cargo del expediente, hiciera el nombramiento que procediera, en base a ese artículo 1020.

Sin embargo, si el expediente se hubiera iniciado reservándose el promotor el derecho a deliberar (y ocurre además que no han

comparecido en el expediente otros coherederos aceptantes, que tengan derecho a reclamar la administración para sí), es cuando el citado artículo 1020 tendrá una aplicación más plena, puesto que, aunque el Código Civil no la imponga, la figura del administrador es muy útil también en esa fase de formación del inventario, y no lo habrá hasta que el notario lo nombre.

Por ello, y como ya he explicado al tratar de las actuaciones a cargo del notario, creo que debemos interpretar el artículo 1020 en el sentido de que el administrador nombrado por el notario ejercerá su cargo, como máximo, "*durante la formación del inventario*", y no más allá de "*la aceptación de la herencia*". Es decir, que cesará en sus funciones una vez que el promotor del expediente acepte la herencia, sin importar en qué punto se encuentre la formación del inventario (salvo que el promotor aceptante no desee ejercer tal cargo, en su condición de heredero).

Lo que sí cabe hacer, y además es muy aconsejable que los herederos lo hagan, es que, al proponer el administrador al que se refiere el artículo 1020 -o al asumir ellos mismos la administración a que esa norma se refiere-, los herederos manifiesten al notario su voluntad de que el administrador conserve y prorrogue sus funciones en la fase final del pago de deudas y legados.

— Necesidad de un administrador:

El Código Civil hace la enigmática afirmación de que "*hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración*".

Esta expresión, "*se entenderá*", es muy usual en el Código Civil, aunque no siempre con el mismo sentido. A veces, equivale a "significa" o "se considera" (como en los artículos 142, 176 y 352); otras, tiene un sentido prescriptivo, como "se hará" o "se aplicará" (como en los artículos 192, 410, 802, 863 y 1033). Pero otras veces –como creo que ocurre aquí– se trata de que la ley asigna a ciertos hechos o situaciones categorías o efectos que no pertenecen a la realidad; se conocen como ficciones legales y se dan, por ejemplo, en el artículo 195, que fija arbitrariamente la fecha de una muerte que no se sabe cuándo ocurrió y ni siquiera si verdaderamente ha acaecido, o en el artículo 364, que atribuye mala fe a una conducta de la que se ignora la intención que tuvo su autor, o –más en línea con la materia que ahora tratamos– en el artículo 440, que concede al heredero la

posesión sobre bienes que no están realmente en su poder (y todo lo contrario), o el artículo 879, que determina la cantidad que el testador lega como alimentos, cuando él mismo no lo dice, o los artículos 957 y 992, que conceden al Estado y a los pobres el beneficio de inventario, sin que éstos hagan declaración alguna al respecto, o los artículos 1000, 1005, 1018, 1019, que declaran producida la aceptación pura y simple de la herencia, aunque el heredero nada haya dicho e incluso cuando ha manifestado lo contrario.

En el asunto que ahora examinamos, bien podría ocurrir pues que la ley esté ordenando que se actúe "como si" la herencia estuviera "en administración", aunque en realidad no lo está.

El Código Civil no utiliza esta ficción en los demás casos en que establece la administración de una herencia (arts. 801, 831 y 965), sino que taxativamente ordena ponerla en administración, e incluso (cuando aborda el asunto de las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta) especifica que la administración se proveerá "*en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría*" (Arts. 797 y siguientes de la LEC). Pero lo cierto es que todas esas otras situaciones persiguen fines muy distintos a los del beneficio de inventario. Por otro lado, tampoco podemos encontrar reglas generales para toda administración de la herencia en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Para dilucidar este punto, ante todo, debemos averiguar qué entiende el Código Civil por poner un patrimonio "en administración" (dando por conocido el sentido gramatical de este segundo término, que implica ordenar, disponer y organizar los bienes). Y a este respecto me parece muy clarificador el artículo 494 (respecto de los bienes inmuebles incluidos en el usufructo, para cuando el usufructuario aún no ha prestado fianza), cuando dice que "*también podrá el propietario, si lo prefiere… retener en su poder los bienes del usufructo, en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario…*".

Teniendo en cuenta: a) que el propio artículo 1026 que estamos comentando prevé expresamente, incluso como primera opción, que el administrador de los bienes de la herencia aceptada a beneficio de inventario sea el propio heredero que se ha acogido a tal beneficio; b) que el 1024 presupone que el heredero promotor del expediente puede enajenar válidamente los bienes "*antes de completar el pago de las deudas y legados*", y que cuando, en algunos casos y a cier-

tos efectos, se exige algún consentimiento añadido para enajenar, no es el del administrador, sino el de los coherederos, acreedores y legatarios; c) que los artículos que tratan del pago de las deudas no exigen en ningún momento que éste lo realice el administrador (aunque tampoco se lo prohíben y parece evidente que -al igual que se dispone para los legados- podrá hacerlo, al menos en ciertos supuestos y con sujeción a ciertas normas); y d) que las funciones y obligaciones específicas que el Código asigna al administrador implicado en el beneficio de inventario son las de representar la herencia (art. 1026CC) y la de rendir cuentas (arts. 1031 y 1032); a lo que debemos añadir la de solicitar el concurso de la herencia (según el art. 3 de la Ley Concursal).

De todo ello se deduce, en mi opinión:

— Que es indiferente que la herencia se ponga o no en administración, pues, siguiendo literalmente al artículo 1026, basta con "entenderlo" así, es decir, con actuar como si así se hubiera hecho. Esto es, que es suficiente con que la herencia tenga un representante frente a terceros y que éste rinda cuentas a los herederos, a los legatarios y a los acreedores.

— Que, aunque podría afirmarse que sólo es propiamente administrador un tercero, y que cuando las funciones propias de tal cargo recaen sobre un heredero bastaría decir que –a los efectos del beneficio de inventario– actúa "en calidad de" administrador, por otros motivos -que veremos más adelante- siempre es necesario un nombramiento expreso, y lo más sencillo es llamar también administrador al heredero cuando actúa como tal.

— Que la situación de los herederos actuando como administradores debe ser la ordinaria y la preferente; de manera que sólo en el caso de que los herederos prefieran no asumir tal responsabilidad, ni encomendarla ellos a una persona de su confianza (con la correspondiente responsabilidad *in eligendo*), podrán los terceros interesados (acreedores y legatarios) solicitar judicialmente el nombramiento de un administrador distinto a los herederos. Del mismo modo, esos terceros podrán solicitar judicialmente también la remoción del administrador que es un heredero o ha sido designado por él.

Origen y forma del nombramiento del administrador

La existencia de un administrador de la herencia aceptada a beneficio de inventario puede ser examinada desde una doble perspectiva: la de a quién corresponde hacer tal nombramiento y la de las formalidades que éste debe revestir.

No dice el Código Civil quién tiene la competencia para nombrar al administrador al que se refiere el artículo 1026, y quizá de nuevo la respuesta esté en que esa precisión no es casi nunca necesaria.

En todo caso, no corresponde hacer el nombramiento al notario, pues su intervención en el instituto del beneficio de inventario concluye con la formación de tal inventario.

Si tenemos en cuenta que, según el Código Civil, en ese momento o fase del instituto, no está actuando alguna otra autoridad, que las actividades a realizar (conservación de los bienes, pago de deudas y entrega de legados) pertenecen –en principio– al ámbito completamente privado y que los intereses a defender, de acreedores y legatarios, pueden ser perfectamente atendidos por ellos mismos, entiendo que la competencia para hacer el nombramiento la tienen los herederos, dejando abierta a los terceros la posibilidad de oponerse y la de remover el nombramiento realizado por los herederos, dirigiéndose a la autoridad judicial. Sin que debamos dar por sentado, pues ninguna norma lo dice, que la continuidad del beneficio de inventario –una vez concluido el expediente notarial– pasa porque el juez nombre un administrador, una intervención judicial que resultaría prohibitiva en muchas ocasiones para los interesados, en tiempo y en costes.

Esa competencia preferente de los herederos, sin duda, debe extenderse a todos ellos, pues no tendría justificación que el heredero que está pretendiendo limitar su responsabilidad por las deudas pueda imponer su criterio a aquellos otros que han aceptado la herencia de manera pura y simple, puesto que la administración –al menos hasta que se produzca la partición de la herencia– se extiende también a la parte en la propiedad de los bienes que corresponde a tales coherederos.

Por otro lado, y puesto que se trata de designar un interlocutor ante ellos, parece oportuno hacerles saber el nombramiento –por cualquier medio adecuado– a "*todos los acreedores conocidos y los legatarios*".

Desde el punto de vista de las formalidades, tampoco hay exi-

gencias legales concretas que cumplir, pero en mi opinión son necesarias al menos tres cosas: a) una designación expresa; b) la aceptación del designado; y c) la formalización en documento público de una y otra.

— En cuanto a lo primero, creo que la posibilidad -que debe ser la regla general- de que la administración corresponda al heredero, y de que ésta consista más en una forma de actuar ("en calidad de…") que en una auténtica puesta en administración, no impide, sino que por el contrario requiere una manifestación expresa en tal sentido; lo que quizá y por añadidura sea la única forma de evitar que los actos necesarios para formar el inventario, conservar los bienes y pagar las deudas no supongan una aceptación tácita, que –como dice el art. 999CC– sería necesariamente pura y simple.

Con mayor razón deberá hacerse así en caso de que la designación recaiga en el heredero que aún no ha aceptado la herencia, porque se ha reservado el derecho de deliberar, o en un tercero, puesto que éstos no tendrán otras facultades que las derivadas de un nombramiento.

Además, el nombramiento que incluya a varias personas (usualmente, varios herederos) deberá indicar el régimen interno de actuación, para que pueda ser conocido por los acreedores y legatarios.

— En cuanto a la aceptación, ésta me parece también necesaria porque el administrador o el heredero que actúa en calidad de tal (y salvo que se trate de heredero único) asume obligaciones frente a todos los demás herederos, a los que representa y a los que debe rendir cuentas. Además de las responsabilidades particulares que le asignan los artículos 1031 y 1032 del CC, el administrador deberá actuar con la que en general corresponde a esa figura (o sea, "*cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador*", como dice el art. 164 CC). Y todo ello, digo, aconseja una aceptación de sus funciones y obligaciones, abierta y clara, por parte del designado. Sin perjuicio, claro, de que pueda darse por tácitamente aceptado el nombramiento cuando el designado sea un heredero que ha realizado o ha participado en la elección.

— Por último, en cuanto a la formalización en documento público, creo que es necesaria también. Si lo que hace este administrador

del artículo 1026 es continuar con las facultades ya asumidas durante la formación del inventario, aquel nombramiento –hecho por el notario, según el art. 1020CC– ya recibió su forma pública. Pero incluso cuando no hubo tal administración previa –o la hubo, pero no se acordó su continuidad para esta fase del pago de las deudas y legado–, y aunque se trate de una actuación privada (porque el nombramiento se haga por los propios herederos), creo que sigue siendo necesario revestirlo de una forma pública, por aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 1280 del CC, según el cual "*deberán constar en documento público… el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero*".

El conflicto de intereses entre el heredero que se constituye en administrador y es él mismo acreedor de la herencia

CC: Artículo 1023. El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes: 2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

CC: Artículo 1026. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona…

CC: Artículo 1032. Si la herencia hubiese sido administrada por otra persona, ésta rendirá al heredero la cuenta de su administración.

El Código Civil prevé claramente la posibilidad de que el heredero sea el administrador de la herencia "*hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios*", y no la excluye por el hecho, básico también en la configuración del beneficio de inventario, de que "*el heredero conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto*". Ni en las normas relativas a los derechos del heredero, ni en las que configuran el cargo de administrador, ve el Código una incompatibilidad entre ambas situaciones: ser administrador y, al mismo tiempo, acreedor de la herencia.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que: a) la regla general para "*los acreedores*" es que "*serán pagados los que primero se presenten*"; b) nada impide el heredero-administrador presentar su

reclamación el primero, antes incluso de aceptar la herencia y promover el expediente; c) corresponde -en principio- al administrador determinar el orden por el que le han sido presentados al cobro las deudas; y d), por último y quizá más importante, los bienes que el heredero reciba en pago de sus créditos estarán al margen de su responsabilidad *intra vires* por las deudas de la herencia, pudiendo consumirlos o disponer de ellos sin control legal.

Por todo ello, en mi opinión, es claro el conflicto de intereses, que debe ser evitado de algún modo. La forma más sencilla, pero también la más onerosa para el heredero, es la de relegarse a sí mismo, renunciar a cobrar por las reglas generales de preferencia que prescribe el Código Civil y colocarse voluntariamente en último lugar (de modo que no cobrará si la herencia es definitivamente deficitaria). En su lugar, puede intentar conseguir una autorización o ratificación judicial del pago que se haga a sí mismo, lo que le resultará igualmente costoso, en tiempo y en dinero. Por último, le cabe, claro está, la opción de no asumir o no participar en la administración de la herencia, dejándola a sus coherederos, o incluso permitiendo que la ejerza un tercero, si es que se trata de un heredero único.

Momento inicial del pago de las deudas:

CC: Artículo 1025. Durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.

CC: Artículo 1026. Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

CC: Artículo 1027. El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores.

CC: Artículo 1028. Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno

de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho.

El Código Civil no fija un momento a partir del cual los acreedores pueden empezar a reclamar ya el pago de sus créditos, sino que, siguiendo con su complicada y deficiente técnica (de encadenar unos plazos con otros, pero sin señalar claramente un *dies a quo*, puesto que lo hace depender a su vez de otros acontecimientos que no están temporalmente tasados), se limita a decir que las deudas se pagarán antes de entregar los legados, y que éstos no se podrán entregar hasta que finalice el inventario.

Como he dicho al tratar del momento inicial en el que es posible nombrar el administrador al que se refiere el artículo 1026 del CC (un problema que tiene muchos puntos en común con el que vemos ahora), no cabe hablar de un orden temporal en los distintos preceptos del Código Civil, de manera que el pago de las deudas no pueda ser exigido –ni atendido– hasta que termine el inventario, se haya resuelto la deliberación reservada por el heredero, y se haya nombrado un administrador de la herencia.

No es así. Semejante forma de actuar no tendría encaje en nuestro derecho de obligaciones, en el que la que no está sujeta a plazo o condición es exigible desde luego; en el que se necesita de una norma legal expresa –que no existe en el beneficio de inventario– para que el deudor pueda válidamente demorar el pago de las deudas, o para que se interrumpa el plazo de prescripción de las acciones; por ejemplo.

En realidad, la reclamación de los acreedores de la herencia podría haber empezado antes de que un heredero se decida a aceptarla a beneficio de inventario y, en tal caso, no habría razón para suspender el proceso de pago en curso. Además, ya hemos visto en el apartado correspondiente que el promotor no tiene que citar a la formación del inventario sino a los acreedores conocidos, y no hay forma más normal y adecuada de que el heredero conozca al acreedor, sino que éste le esté reclamando el pago de su crédito.

Piénsese también que, habiendo varios herederos, si el acreedor se dirige –como sin duda puede hacerlo– contra cualquiera de ellos, cuando el demandado emplace a su vez a sus coherederos (según el art. 1084CC), sería una extraña conclusión que, si alguno de tales coherederos ha aceptado a beneficio de inventario, el procedimiento

deba suspenderse respecto a él (hasta que su expediente esté lo suficientemente avanzado), pero pueda seguir con los demás.

Cuestión distinta es que parezca más adecuado –yo así lo creo– que, cuando el cobro de las deudas se demande durante el curso del expediente de formación del inventario, el acreedor deba dirigirse contra el heredero aceptante o, alternativamente, contra sus coherederos también aceptantes (en el caso de que el promotor del expediente se haya reservado el derecho a deliberar), y no contra el administrador, si lo hubiere; en definitiva, que el acreedor debe accionar siempre contra un heredero o, en su defecto, contra el administrador judicial de la herencia yacente, pero no contra el administrador designado por el notario para la fase de formación del inventario, pues el pago no parece que entre dentro de sus competencias.

Y además el heredero que busca conseguir o ya ha obtenido el beneficio de inventario debe atenerse al orden de pagos establecido por el Código Civil, que rige para cualquier tiempo, tanto antes como después de formado el inventario, de manera que el acreedor prudente hará bien reclamando el pago en cuanto le conste la defunción de su deudor, sin pararse a averiguar antes la forma en la que los herederos han aceptado.

Bienes que quedan bajo administración:

a) Los bienes de los demás herederos: Lo que dice a este respecto el Código Civil no es que se entenderá que están en administración sólo aquellos bienes que se haya adjudicado el heredero que ha aceptado con el beneficio de inventario, sino "*la herencia*", o sea, toda la herencia.

Sin embargo, y en mi opinión, el alcance de esta afirmación legal debe ser muy matizado. Si el administrador del que ahora hablamos hubiera sido nombrado por un juez, habría que estar sin duda al fallo de la sentencia, y al criterio del juez, que decidirá el ámbito objetivo de competencia que le quiera dar al administrador, aplicando la ley en la forma que le parezca más adecuada. Del mismo modo que nada cabría oponer a la decisión de todos los herederos, si todo ellos hubieran acordado un régimen de administración para toda la herencia, incluso después de repartida, y hasta que culmine el pago de las deudas y legados; pues sin duda el asunto queda bajo la autonomía de su voluntad. Pero, en otro caso, los efectos del beneficio

de inventario, favorables y adversos, sólo pueden afectar al heredero que promueve el expediente.

En consecuencia, la regla general debería ser que el administrador no tiene otras competencias que las que a su vez correspondan al heredero o herederos que lo han nombrado –o se han constituido a sí mismos como administradores–. De manera que el administrador designado por el heredero único –o el propio heredero único si se alza en administrador–, tendrá todas las competencias; pero si el promotor tiene coherederos, el administrador nombrado por él compartirá con estos últimos la administración mientras la herencia se encuentre indivisa, y la tendrá en exclusiva después, pero sólo respecto de los bienes que, en la partición de la herencia, se adjudiquen a dicho heredero con responsabilidad limitada.

b) Los bienes colacionables: Cabe discutir a este respecto qué debemos entender por bienes de la herencia y, más concretamente, se están incluidos en ellos los que el heredero promotor beneficiario esté obligado a colacionar (incluso, los bienes que deban colacionar otros herederos, puesto que aumentarán la parte de aquél). En mi opinión, nada de esto es así. Los bienes colacionables no constituyen una masa patrimonial, sino un valor; el testador puede dispensar de la obligación de colacionar; no todos los bienes colacionables son bienes, pues también se incluyen en esa categoría gastos y pagos hechos por cuenta del legitimario; la colación no es cosa de los herederos, sino de los legitimarios, que, como tales, no responden de las deudas de la herencia; la colación es un instrumento de cálculo, que permite determinar el valor de la legítima, por si el legitimario lo quisiese reclamar, puesto que también puede preferir dar cumplimiento exacto al testamento; el legitimario puede renuncia la herencia y aceptar la legítima; la legítima puede haber sido satisfecha con bienes ajenos a la herencia; etc.

Como ya he repetido en distintos apartados de este estudio, el heredero que acepta a beneficio de inventario no responde de las cargas de la herencia con aquello que tendría derecho a heredar, sino con todo lo que realmente herede. Y dará igual que la parte que se le adjudique en la partición sea mayor a su teórico haber –por ejemplo, porque los coherederos se hayan equivocado al valorar los bienes relictos–. Y también dará igual que reciba menos, pues el derecho de los acreedores alcanzará igualmente a los bienes que

reciban los coherederos. Al fin y al cabo, si no se cumplen las previsiones del Código Civil sobre la colación, sólo cambiará la distribución interna entre los herederos, pero la masa patrimonial total que constituye la garantía mínima de los acreedores –y legatarios por detrás de ellos– seguirá siendo la misma.

En todo caso pues, los eventuales bienes que un día fueron objeto de donación a un heredero que también fuera legitimario de la herencia, bienes que no tienen por qué seguir en poder del heredero, no se pondrán en administración.

Cuestión distinta es que la donación que motiva la obligación de colacionar siga siendo susceptible -aún esté en plazo- de la rescisión prevista en los artículos 1290 y ss. del Código Civil, especialmente el 1297, pero con arreglo a ese específico régimen.

Facultades del administrador:

CC: Artículo 1026. Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

CC: Artículo 1027. El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores.

CC: Artículo 1028. Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho.

CC: Artículo 1029. Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

CC: Artículo 1030. Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del núme-

ro 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

CC: Artículo 1031. No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya.

Leyendo los artículos del Código Civil arriba trascritos, nos encontramos con un absurdamente intrincado y oscuro régimen de competencias del administrador. Así, en la breve enumeración de ellas, no dice que el administrador sea el encargado de pagar a los acreedores, pero le ordena no pagar los legados hasta que pague a los acreedores; utiliza la imprecisa forma verbal impersonal para establecer el orden de pago a los acreedores, en función del grado y momento de reclamación de sus créditos; no establece tampoco el sujeto de la frase cuando regula el crucial asunto de la venta de los bienes para pagar créditos y legados; y termina por volver a acordarse del administrador cuando le ordena dar "*cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo*".

En el lado positivo, sí que es completamente claro el Código Civil, al decir que el administrador puede y debe ejercitar cuando haya lugar las acciones frente a terceros que correspondían al causante y ahora forman parte de la herencia; especialmente aquéllas que permitan adquirir bienes y aumenten por tanto el patrimonio que queda responsable del pago de las deudas.

En mi opinión, este importantísimo asunto de las facultades o competencias del administrador de la herencia, especialmente respecto del citado asunto de la enajenación de bienes para pagar deudas y legados, debe examinarse conjuntamente con el que acabo de tratar del origen del nombramiento de tal administrador.

— Si lo nombra un juez –una solución cara, que debería ser excepcional–, éste determinará sus competencias; bien sea por remisión a los citados artículos del Código Civil, bien por su propia valoración de las circunstancias del caso (teniendo en cuenta, además, muy especialmente, cuestiones tales como el eventual carácter empresarial del patrimonio o de parte de él).

— Si el nombramiento lo hacen de común acuerdo todos los herederos, creo que el administrador tendrá tantas competencias como éstos le atribuyan, y como mínimo las que expresamente le asigna el Código Civil (ejercicio de acciones y contestación de demandas, pago de deudas y de legados dinerarios con dinero de la herencia y entrega de bienes legados, específicos o genéricos, pero que estén en la herencia). No obstante, algunas de esas competencias (enajenación de bienes para pagar deudas) requerirán, además, aunque los herederos no lo digan, el consentimiento de acreedores y legatarios o, en su defecto, ciertas formalidades, según la ley.

— Si el nombramiento lo hace el heredero que ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, pero hay más herederos, las competencias –y los límites– del administrador serán los mismos del párrafo anterior, pero sólo respecto de los bienes que le correspondan en el reparto de la herencia –una vez que tal reparto se haga–. Respecto de los bienes adjudicados a los coherederos, no tendrá facultad alguna; y respecto de los bienes de la herencia indivisa, el administrador representará al heredero que lo ha nombrado, y deberá por tanto concertarse con los demás herederos, según el régimen de actuación ordinario de la comunidad hereditaria.

Lo que no creo que pueda entenderse en modo alguno es que el administrador –y tampoco el heredero beneficiario, claro–, por atribución de la ley, con unas formalidades o con otras, y salvo autorización judicial particular, pueda enajenar bienes sin contar con el consentimiento expreso –y no una mera información o aquiescencia pasiva– de su propietario.

Por último, el Código impone al administrador el deber de rendir cuentas de sus actos. En primer lugar, a los acreedores y legatarios que no hayan cobrado por completo, pero a continuación también a los herederos, y con independencia de que haya habido o no tal satisfacción total de los terceros y de que quede o no un remanente para ellos.

Lo que no creo necesario –y el Código Civil no lo dice– es que el administrador entregue la posesión de esos posibles bienes remanentes (que podrían ser todos, pues recordemos que el heredero se puede acoger al beneficio de inventario, aunque no haya legados ni deudas conocidas). En este punto, el Código Civil vuelve a la misma construcción impersonal que antes ha utilizado al afirmar que "*se*

entenderá que se halla la herencia en administración", y dice ahora que "*quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia*". Efectivamente, creo que el administrador no tiene que entregarle al heredero una posesión que ya tenía desde que aceptó la herencia (art. 440CC).

Responsabilidad por las deudas del causante que corresponde a los herederos que aceptan la deuda de manera pura y simple

CC: Artículo 1003. Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.

CC: Artículo 1084. Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

CC: Artículo 995. Cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal.

La regla básica a este respecto es, en mi opinión, la que resulta de los artículos 1003 y –sobre todo– 1084 del CC. La interpretación correcta de esas normas, según las entiendo, consiste en que, una vez utilizados a tal fin todos los bienes de la herencia, para conseguir el cobro de la posible deuda remanente, se hace necesario formar dos grupos: el de los herederos que han aceptado la herencia pura y simplemente, y el de los que lo han hecho a beneficio de inventario; y, tras ello, imputar a cada uno de esos grupos la cuantía de la deuda que sea proporcional a su parte en la herencia, de manera que –una vez agotados los bienes de ésta– sólo subsistirá la parte proporcional de la deuda correspondiente a los herederos que lo sean de manera pura y simple, y habrá decaído el resto.

En suma, que, hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios, la responsabilidad es de todos los herederos, y será solidaria en el orden externo y mancomunada en el interno (siempre con la cautela legal –pero sólo en ese orden interno– de que sea otra la disposición del testador o sea distinto el acuerdo particional; una disposición interna que en nada afecta al derecho del acreedor); y que al exceso sobre ese valor se le aplicará este mismo régimen de solidaridad/mancomunidad, pero únicamente sobre los herederos que han aceptado la herencia de manera pura y simple y sólo hasta el porcentaje global de tales herederos en el total de la herencia.

Pero si no se aceptara esta solución, si prevaleciera la conclusión opuesta a la que estoy defendiendo, y se estimara que el heredero que no ha aceptado a beneficio de inventario responde incluso de la parte de deuda que, según el artículo 1084, no podrá repercutir contra sus coherederos que hayan utilizado tal beneficio, entonces, sin duda que esa forma de aceptación, la que resulta del expediente de jurisdicción voluntaria que estamos examinando, tendrá –al menos potencialmente– importantes consecuencias económicas para él (razón por la cual –como digo en otro apartado de este estudio– debería tener derecho a participar en el mismo).

La Dirección General, sin abordar realmente el problema ni argumentar al respecto, parece decantarse por esta segunda forma de aplicar el Código Civil (ver al respecto la resolución de 3 de marzo de 2015, cuando pretende justificar su negativa a hacer efectiva la partición hecha por el testador, y lo hace con su enigmática afirmación, de que, antes de poder partir como el testador ha ordenado que se haga, "*al menos ha de aclararse qué sucede con las deudas y concretamente si existen o no, y caso de existir, quiénes han aceptado la herencia y si lo han hecho pura y simplemente o a beneficio de inventario*" (hechos que evidentemente el testador no puede conocer, con lo que la Dirección General consigue su verdadero propósito que es rechazar esa clase de partición, ya que nunca podría cumplir con tales requisitos). Un inconveniente que aún podría generalizarse más, incluyendo –y la Dirección General no lo hace– los distintos supuestos en los que, incluso sin utilizar el beneficio de inventario o, mejor dicho, en su ausencia, la ley limita la responsabilidad universal del heredero (como por ejemplo el del artículo 995 del CC).

En mi opinión, la posibilidad de que esa segunda interpretación prospere no puede ser ignorada pero tampoco tiene buena solución. Lo verdaderamente anómalo es que la responsabilidad patrimonial de un sujeto cualquiera –en este caso la del coheredero– pueda verse incrementada por actos que le son ajenos y que además realiza otro sujeto que no restringe o pone en riesgo por ello su propia situación (como sí ocurre con el heredero que se autoexcluye de toda responsabilidad, pero porque repudia la herencia). Salvo una actuación simultánea de todos los herederos –algo que, desde el punto de vista legal, sólo puede ser una casualidad, puesto que la aceptación y la repudiación de la herencia están previstas como actuaciones individuales–, el heredero que, tácita o expresamente, acepta la herencia de manera pura y simple, de prevalecer esta interpretación, nunca podría saber –en el momento en que expresa su decisión– el alcance de su responsabilidad por las deudas de la herencia.

La controversia es muy complicada y en todo caso resolverla no es de la competencia del notario. No obstante, como en todas las demás cuestiones que estoy abordando en esta parte final, expreso mi opinión al respecto. Y, en base a ella, creo que es necesario distinguir:

— Intra vires: la responsabilidad con los bienes de la herencia es solidaria de todos los herederos, incluidos los que han aceptado a beneficio de inventario.

— Ultra vires: respecto de otros bienes ajenos a la herencia, la responsabilidad -que es solidaria- corresponde únicamente a los herederos que no hayan aceptado a beneficio de inventario -si alguno hay-, pero con deducción de la parte proporcional de las deudas que hubiera correspondido a los herederos que han aceptado a beneficio de inventario.

— Siempre que proceda la solidaridad -en alguno de los dos supuestos anteriores-, el demandado tiene derecho a provocar un litisconsorcio pasivo, incluyendo a los demás herederos -aunque sólo en la medida en que cada uno deba responder, según las reglas anteriores-; lo que en definitiva provoca una mancomunidad interna.

Vencimiento anticipado de las deudas a plazo

CC: Artículo 1031. No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya.

Generalmente, todo deudor puede pagar anticipadamente sus deudas, bien porque así se haya pactado, bien porque la práctica jurídica se lo conceda (en una línea jurisprudencial contraria a lo dispuesto en el artículo 1127 del Código Civil, pero no por ello menos extendida). Y es muy posible que así lo querrá hacer el heredero que ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, como forma de anticipar también el fin de una situación interina de permanencia de la herencia en administración y de sometimiento de las disposiciones –de todo tipo de bienes, porque el Código Civil no distingue– a un régimen de severas limitaciones. Pero lo cierto es que, por un lado, se trata de una posibilidad y no de una obligación y, por otro, no siempre será posible utilizarla. En efecto:

— El Código Civil no contempla el beneficio de inventario como un supuesto de vencimiento anticipado que pueda ser provocado o decidido por el respectivo acreedor.

— De modo que, aunque los bienes de la herencia sean manifiestamente insuficientes para satisfacer todas las deudas del causante (una situación que no cabe considerar como extraordinaria en una herencia aceptada a beneficio de inventario), el administrador debe respetar las normas de preferencia y el orden de pagos que establece el artículo 1028 del CC, según el cual "*serán pagados los* [créditos] *que primero se presenten*", y lo cierto es que esas deudas a plazo aún no pueden presentarse al cobro.

— El administrador de la herencia no está obligado ni en realidad dispone de medios para procurar la igualdad de trato entre los acreedores. Tampoco tiene obligación de averiguar él la posible preferencia de los créditos, aunque sí de respetarla una vez que se le haga saber. Y –dentro de los créditos de igual prioridad– le será indiferente su fecha, porque los ha de pagar por aquélla en que

–después de vencidos– se presenten al cobro (como por lo demás era norma en el concurso que en su día reguló el Código Civil, aunque con la notable diferencia de que éste ordenaba el vencimiento inmediato de las deudas a plazo).

— Sin embargo, el administrador de la masa hereditaria que desee extremar su diligencia y evitar siquiera la sospecha de haber perjudicado a sabiendas o con negligencia los derechos de los acreedores insatisfechos, para salvar su responsabilidad (ex art. 1031 CC), podría decidirse a provocar el concurso de la herencia, dando entrada al régimen -radicalmente distinto- de preferencias de pago y de prorrateo de todas las deudas del mismo grupo que establece el artículo 176 bis de la Ley Concursal.

Lo cierto es que si, como consecuencia del beneficio, no hubiera bienes hereditarios bastantes para que cobren todos los acreedores, la situación que objetivamente se crea es en términos jurídicos la del concurso de la herencia.

Creo que el anticuado régimen del Código Civil respecto del pago a los acreedores (cuando no hay bienes bastantes para satisfacerlos a todos) es claramente insuficiente y básicamente injusto, al no respetar ni siquiera el principio fundamental en esta materia de la *par condictio creditorum* respecto de las deudas que no han vencido o por otro motivo está latentes, pues su pago queda relegado a un momento en el que posiblemente ya no habrá bienes suficientes.

— El principal inconveniente de tal decisión de acudir al juez mercantil es que provocará gastos, ocasionalmente elevados, de modo que el administrador -a falta de una norma legal expresa- puede considerarse incompetente para tomarla. Una razón económica que aún puede pesar más en el heredero.

Por ello y en mi opinión, el administrador –o el heredero– también cumplen con su obligación haciendo una advertencia temprana a los acreedores -de la que dejarán constancia en el propio expediente-, de manera que sean ellos, que están perfectamente habilitados por la ley para hacerlo, los que promuevan el concurso. Si les interesa, claro. Pues tampoco podemos olvidar que es muy frecuente que las deudas a largo plazo gocen de una garantía real propia, que no quedará inadvertida en el expediente (Art. 68 de la LN).

— Obviamente, cuando después de pagar las deudas ya vencidas haya un remanente de bienes hereditarios, éstos seguirán vinculados al pago de las deudas que vayan venciendo en el futuro, y las precauciones sobre la enajenación de tales bienes seguirán vigentes hasta que llegue el día de su vencimiento.

Entrega de legados:

CC: Artículo 1029. Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

La entrega de legados está supeditada, en su cuantía y en el tiempo, al previo pago a los acreedores. Y podría entenderse –porque el Código no hace distinciones– que esa preferencia temporal la tienen también los créditos que aún no han vencido.

No obstante, quizá el Código Civil haya querido resolver esta situación de otro modo, puesto que el artículo 1029 se refiere expresamente al caso de que los legados se hayan entregado antes de la "*aparición de otros acreedores*", ordenando que, en tal caso, la responsabilidad se traslade a ("*…sólo podrán reclamar contra…*", dice) los legatarios, convalidando pues tal entrega que ha hecho el administrador o el heredero, que quedarían libres de responsabilidad.

Y a la misma conclusión lleva la referencia legal a "*otros acreedores*", en el caso –que parece razonable– de que por tales haya de entenderse los no incluidos en el artículo anterior, el 1028, es decir, aquellos a los que se debe pagar su crédito. Dado que los acreedores cuyo crédito no ha vencido no tienen derecho a cobrar aún, se estaría dando carta de naturaleza a que los legados puedan ser entregados incluso existiendo deudas, si éstas no pudieran ser satisfechas de presente.

Una posibilidad alternativa –y quizá más prudente, pero en definitiva arbitraria, ya que el Código Civil no hace distinciones al respecto– sería la de retener la entrega de los legados hasta que hayan sido pagadas todas las deudas, pero con la excepción de las a largo plazo que gocen de garantía real.

Partición de la herencia antes de concluir el pago a los acreedores

La partición de la herencia es una operación ajena a los acree-

dores, que no pueden provocarla, pero que tampoco se verán perjudicados por ella; medie o no el beneficio de inventario. De modo que tampoco tienen derecho a impedir que los coherederos la hagan antes de haber satisfecho todas las deudas –especialmente aquéllas que no sean exigibles y tampoco lo vayan a ser en breve–.

Como dice el artículo 782 de la LEC, "*los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia*". En definitiva, la partición no puede perjudicar al acreedor, que seguirá pudiendo actuar contra todos los bienes de la herencia, se adjudiquen a quien se adjudiquen, y también el régimen de la responsabilidad ultra vires –respecto de los herederos a los que deba aplicarse– seguirá siendo el mismo después de la partición. Por eso carece de sentido el obstáculo que la Dirección General ha alzado contra la partición de la herencia hecha por el testador, apoyándose en que "antes es pagar que heredar". Los artículos 1082 y 1084 del CC parten claramente de lo contrario, pues prevén expresa y precisamente que la reclamación del heredero, con o sin mediación del beneficio de inventario, se haga "*hecha la partición*" (y lo cierto es que, claro está, la misma Dirección General no aplica ese sorprendente obstáculo a cualquier otra modalidad de partición de la herencia, con lo que demuestra que es un argumento *ad hoc* y que, junto con los demás que añade, son en realidad una manera de esconder su animadversión *per se* a la partición hecha por el testador).

Tampoco me parece aplicable aquí –en una posible analogía– la doctrina que la Dirección General desliza en su resolución de fecha 25 de mayo de 2016, según el cual la partición de la herencia exigiría una previa notificación a los acreedores, para darles ocasión de que ejerzan el derecho de oposición (que en el caso de disolución de comunidad les confiere el artículo 403 del CC,y en el caso de la herencia, el citado artículo 782 de la LEC, que –de modo más completo– dice que "*los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.*"

Sin que sea éste el lugar adecuado para hacer la crítica detallada de tal resolución, recordemos que dice que "*el titular de las anotaciones preventivas de embargo sobre determinadas cuotas es un titular registral, aunque ciertamente no equiparable al titular del dominio o de un derecho real; debe ser notificado con carácter previo a la extinción del condominio, al objeto de que pueda hacer valer los derechos que el Código Civil concede a los acreedores de los partícipes a concurrir a la división, a oponerse y a impugnar… lo cual se deduce del… tracto sucesivo, y de la interdicción de la indefensión*". El problema es que la Dirección General hace un uso tan profuso de esos dos argumentos, tracto sucesivo y defensa judicial efectiva, que ha terminado por depreciarlos bastante. Así, en este caso: de un modo u otro, el comunero y el coheredero que toman su parte en la comunidad o en la herencia tendrán la relación que sea con un acreedor, pero nunca la de pretender "traer" su derecho de él, como tampoco el acreedor transmite su derecho al heredero, sino que por el contrario lo conserva pleno –aunque sobre otro objeto, como bien dice la Dirección General–, con lo que mal puede incumplirse el requisito del tracto; además, la indefensión se produce cuando se impide el ejercicio de un derecho, y los herederos no están impidiendo nada (además de que probablemente el principio constitucional parece pensado más bien para las actuaciones de las autoridades, no de los particulares). Es cierto que, en ciertos ámbitos (sociedades de capital, expedientes de dominio relacionados con la rectificación del Registro y muchos otros), el derecho de oposición presupone una notificación previa, que lo facilita, o un pleno conocimiento de los hechos por parte de quien podría oponerse (oposición al ejercicio del comercio o las obras en suelo ajeno, por ejemplo), pero de ningún modo es así siempre (oposición a los actos del administrador de la sociedad civil, a la restitución del depósito o –por parte del fiador– a la compensación entre acreedor y deudor, etc.). Incluso, el citado artículo 403, en el que se apoya la Dirección General, no regula el derecho de oposición del acreedor a la división de la cosa común por parte del acreedor, sino que se limita a permitirle hacerlo, y –a diferencia de lo que es norma en el derecho societario– no condiciona la impugnación a su uso (como erróneamente afirma la citada resolución). Pero, sobre todo, vemos que, en las normas de la partición de la herencia, que sí que consagran y regulan tal oposición del acreedor al reparto (art. 1082CC y 782LEC), expresa-

mente dicen que "*los acreedores serán convocados por el Secretario judicial cuando estuvieren personados en el procedimiento. Los que no estuvieren personados no serán citados, pero podrán participar en ella si concurren*". No puede estar más claro. Y es que más bien me parece que estamos ante una muestra más de la evidente sobreprotección que la Dirección General dispensa regularmente al contenido del Registro, y a cualquier mención que figure en él, una institución que le gusta pensar que, si no lo es ya, debería ser el eje de todo nuestro Derecho Privado, y que probablemente no necesita de tanto celo protector, porque ya es de por sí lo bastante importante y efectiva.

Enajenación de los bienes de la herencia aceptada a beneficio de inventario

CC: Artículo 1024. El heredero perderá el beneficio de inventario:

1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

No obstante, podrá disponer de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de los demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido.

CC: Artículo 1030. Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

El Código Civil aborda esta cuestión en dos normas distintas: en su artículo 1024, dirigido al heredero (con el sobreentendido de que habla únicamente de un heredero que esté tramitando o ya haya obtenido el beneficio de inventario), y que contempla la enajenación de los bienes de la herencia como un motivo por el que puede per-

der o no llegar a adquirir tal limitación de responsabilidad; y en su artículo 1030, que no tiene un sujeto directamente nominado, pero que, dada la finalidad que presupone en la enajenación –"*el pago de los créditos y legados*"– es perfectamente aplicable a todo aquél que tenga competencia y obligación de pagar las deudas y legados; pero sólo a aquéllos que estén sujetos a esta normativa particular del beneficio de inventario, es decir, tanto al heredero como al administrador especial del artículo 1026 del CC, pero no a quien tiene por sí competencia suficiente, derivada del testamento (albacea), de una decisión judicial (liquidador de la herencia en concurso) o de la ley.

Tal distinción es correcta, en el sentido de que la pérdida del beneficio sólo cabe asociarla legítimamente a los actos realizados por el heredero, pues, si la enajenación no respetara las restricciones establecidas por el Código Civil, pero la hubiera realizado otra persona que no sea el heredero, ésta tendrá la responsabilidad que corresponda –y que decida un juez–, pero nunca será un acto imputable al heredero, y por tanto no podrá conllevar la sanción -que es personal- de la pérdida del beneficio de inventario. (Con la dificultad añadida en este planteamiento de que, como es lo habitual y lo más aconsejable, el administrador fuera un heredero; en tal caso, si se tratara de un heredero-administrador único, no parece oportuno retorcer el argumento, sosteniendo que ha actuado sólo como administrador, sino que perfectamente cabría imputar los actos al heredero, con todas sus consecuencias; pero no parece tan clara la solución si existiera una administración colegiada.)

Por el contrario, el citado artículo 1030 no menciona a un sujeto concreto y sería por tanto aplicable a cualquiera que legítimamente realizara la enajenación a que hace referencia. Pero siempre, claro está, que esa persona tenga facultades dispositivas. Y lo cierto es que el administrador de la herencia no las tiene, o al menos el Código Civil no se las atribuye. Tampoco cabe entender que el Código esté imputando la enajenación a los "*herederos, acreedores y legatarios*", pues es claro que los dos últimos no disponen de nada, aunque manifiesten su acuerdo con las condiciones en que el negocio se realice.

Tampoco me parece adecuado incluir en el supuesto de hecho de este repetido artículo 1030 al albacea, contador-partidor, por ejemplo, cuyas facultades dispositivas no dependen en absoluto de que un heredero haya podido aceptar la herencia a beneficio de inventario. En realidad, a este ejecutor le es indiferente para su cometido

propio que los herederos acepten o no; en su caso, la enajenación de bienes decidida por él podría haber comenzado ya -incluso concluido- cuando el heredero se decida a promover el expediente del beneficio de inventario, y por supuesto tal circunstancia ni le impedirá proseguir con su tarea ni menos aún le obligará a deshacer lo ya realizado.

En mi opinión, el artículo 1030 se refiere a todos los herederos que hayan aceptado la herencia, de una forma u otra, y a quienes sean sus apoderados o representantes, y sólo a ellos; pero siempre que y sólo cuando sean ellos los encargados de hacer efectivas las disposiciones legales y testamentarias sobre la herencia.

Si así se entiende el precepto, mientras la herencia está indivisa, la libertad dispositiva correspondería al conjunto de los herederos, y también a ellos la obligación de pagar las deudas y entregar los legados. Pero, si ya estuviera repartida, la obligación solidaria de pagar la seguirán teniendo todos, pero cada uno dispondrá libremente de los bienes que haya recibido en la partición.

Por eso, y en mi opinión, el dato verdaderamente importante para distinguir entre el supuesto del artículo 1024 y el del 1030 no es tanto el de quién realiza la enajenación –que será siempre un heredero o su representante– como su propósito, que en el primer caso es disminuir la masa patrimonial que es la única que, directamente o por subrogación real, responde de las deudas (y por eso y sólo por eso el artículo 1024 la equipara a la ocultación de bienes que deberían incluirse en el inventario), y en el segundo es obtener dinero para pagar, un objetivo legítimo e incluso obligado, que sería absurdo e injusto sancionar con la pérdida del beneficio.

Consecuencia directa de esta distinción es que la enajenación que se hiciera para ocultar bienes –una vez que tal propósito y efecto quedaran acreditados, por y ante quien corresponda– sería no obstante plenamente válida, pues la conservación o la pérdida del beneficio de inventario no son en absoluto elementos de validez de la misma. Mientras que, por el contrario, la enajenación destinada a liquidar uno o varios bienes, para obtener dinero y pagar con él las deudas y legados, si no respetara los requisitos de validez establecidos en el Código Civil, aun siendo en principio válida, podría ser irregular y por tanto impugnable por cualquier interesado (heredero, acreedor o legatario) que acredite un daño, con la consecuencia de que el juez que haya de dirimir el asunto podrá convalidarlo a

pesar de todo, ordenar que se repita pero del modo adecuado o anularlo sin más.

Razón por la cual no me parece necesario conceder mayor importancia a la diferencia terminológica entre el artículo 1024, que utiliza el término más amplio de enajenación, y el artículo 1030, que sólo menciona la venta, puesto que las consecuencias que acabo de decir no serían diferentes si estuviéramos ante una dación en pago o para pago o cualquier otra forma de enajenación, respecto de las cuales los interesados (herederos, acreedores y legatarios) podrían igualmente autorizarlas, si les parecen adecuadas, y el juez tendría igual libertad para convalidarlas o anularlas, atendidas las circunstancias del caso.

Nada de todo lo cual me impide valorar muy negativamente el régimen previsto en el Código Civil para el pago de las deudas. En términos generales, me parece desequilibrado e injusto para con los acreedores; debido, creo, a que el Código sólo está contemplado una situación en la que todas las deudas sean conocidas, ciertas y exigibles en el momento de abrirse la sucesión, todos los acreedores sean conocidos y quizá de la localidad y todos ellos, en pocos días, conciertan con los herederos un modo satisfactorio de pagar, para, como líricamente dice en su artículo 1032, dejar a los herederos "*en el pleno goce del remanente*", si lo hubiera.

Pero aún mucho más insatisfactorio, inadecuado y decepcionante (cuando se establece en el año del Señor de 2015) me parece el sistema previsto para el pago de las deudas y legados con cargo al dinero obtenido por la liquidación, total o parcial, de los bienes de la herencia. Una necesidad, la de liquidar los bienes, que hoy día tendría prácticamente cualquier persona, física o jurídica, que de repente tuviera que pagar todas sus deudas, pero que el Código Civil parece considerar ocasión propicia y casi inevitable de las mayores infidelidades y defraudaciones. Si el causante, un minuto antes de morir, hubiera querido liquidar todas sus deudas, también hubiera dispuesto para ello de todos los bienes que iba a dejar en herencia y de ninguno más, de modo que la garantía patrimonial para los acreedores se limitaría también a ese patrimonio, exactamente igual que ocurre cuando los herederos aceptan a beneficio de inventario. Y, sin embargo, ese causante podría haber vendido todos sus bienes o encargar su venta a cualquier persona de confianza, que habría practicado la liquidación a su arbitrio, mientras un tercero no

acredite un fraude o perjuicio injusto, mientras que el heredero que acepta a beneficio de inventario –usando su legítimo derecho, el mismo que tendría el Estado sin necesidad de hacer nada especial– no tiene más forma de pagar que conseguir él el consentimiento, no la mera aquiescencia, de todos los acreedores, algunos de los cuales serán privilegiados y no se molestarán en participar en el proceso, o son grandes empresas nacionales o internacionales, que no tienen representantes destacados en el domicilio del causante o del heredero, todos los cuales dispondrán de un derecho de veto a la operación, respecto de cualquier pequeño detalle de las condiciones de la venta proyectada, aunque en realidad no tienen que alegar razón alguna para no consentir. O bien se verá abocado a promover a su costa una pública subasta, un procedimiento de venta muy caro (por las publicaciones y la necesidad de tasar los bienes) y que la práctica –y más en los últimos tiempos– ha demostrado sobradamente que es perfectamente ineficiente, sobre todo cuando –como ocurriría en este caso [art. 74LN]– no se admitirían posturas por debajo del tipo.

En nuestro ordenamiento, hay muchos procesos de liquidación patrimonial con destino al pago de deudas (como es el caso de la liquidación de personas jurídicas de todas clases, especialmente las sociedades mercantiles), cuya importancia económica y social no es menor sino en general mucho mayor que la relativa a una herencia, y en la que también los acreedores tienen limitada su reclamación a un determinado conjunto de bienes; y sin embargo no se prescribe para ellos un sistema tan encorsetado y antieconómico como éste. Y desde luego no se exige que todos los acreedores aprueben las condiciones de la enajenación y, menos aún, cuando además tales acreedores no son un colectivo organizado, que esté representado por un comisario o que disponga de mecanismos de adopción de acuerdos por mayoría, y ni siquiera tienen obligación de comparecer cuando se les llame, para que manifiesten su conformidad o su rechazo a las condiciones que propone el liquidador.

Después de todo, perfectamente podría ocurrir que los herederos que han aceptado de manera pura y simple sean ellos mismos insolventes o tengan un patrimonio previo a la herencia de muy escasa cuantía o todo él inembargable, y, sin embargo, en tal caso, su forma de pagar las deudas de la herencia no estará sujetas a formalidad alguna. Se presumirá –como siempre debe hacerse– su

buena fe y no se partirá –como no se debe partir– de la base de la confabulación en el fraude por parte del adquirente, de manera que será el tercero interesado que haya resultado perjudicado por actos concretos el que deberá impugnarlos acreditando el innecesario perjuicio que se les causa.

El sistema es tan perverso que perfectamente podría conducir a que el heredero que no tenga mayor necesidad ni prisa en entrar en ese "*goce*" que el Código le promete, por su simple y legítimo deseo de no complicarse la vida, se limite a no hacer nada, obligando a cada acreedor, aún el más pequeño y con menores recursos, a cobrar "por el juzgado", con todos los gastos que ello conlleva.

En definitiva, el Código Civil da aquí una muestra más de que, sin motivo alguno, considera que la limitación de responsabilidad del heredero –siempre que no sea el Estado o un ente público– es un exorbitado privilegio para él, que debe ser compensado con trabas y dificultades sin cuento.

No es así, y los notarios deberíamos intentar justamente lo contrario: facilitar y recomendar esta forma de aceptar la herencia, que es la más justa, de manera que se convierta en la más usual y rutinaria.

Para ello, y habida cuenta de la regla básica de que el beneficio de inventario no puede perjudicar derechos de tercero, de modo que deben seguir vigentes las reglas generales de actuación de los herederos que no han sido promotores del expediente, incluso aunque hayan sido citados a él y hayan podido participar en el mismo, creo que es adecuado que el notario proponga a los herederos seguir estrategias como las siguientes (aunque siempre advirtiéndoles de lo que dice la ley y de que la decisión final les corresponde a ellos y bajo su responsabilidad y que deben contar, si los tienen, con el consejo de sus asesores):

— Que, si los bienes de la herencia están afectos a una sociedad mercantil, de la que el causante era partícipe, la eventual liquidación de tal sociedad, y por tanto la venta de sus activos, así como su derecho particular a separarse de la sociedad, percibiendo un haber líquido, se regirán en todo caso por las normas mercantiles, de modo que los herederos podrán acordar o podrán participar en el acuerdo societario de liquidar los bienes, sin contar con los acreedores de la herencia. Y que lo mismo ocurre en el caso de que el causante

fuera partícipe de una comunidad de bienes ordinaria, cuando ésta se liquide.

— Que procede dar prioridad a las reglas generales de las sucesiones en cuanto al pago de las deudas y entrega de legados, de manera que el albacea y el contador-partidor (incluso el dativo) pueden –y deben– pagar deudas y legados, incluso liquidando los bienes de la herencia, siempre que hayan sido facultados expresamente para ello, y sin importar que algún heredero haya aceptada a beneficio de inventario o se haya reservado el derecho a deliberar.

Y que, por la misma razón, los herederos que hayan aceptado la herencia de manera pura y simple siguen teniendo toda su capacidad dispositiva y no están sujetos a limitaciones en cuanto a la venta, la dación en pago o para pago o cualquier otro convenio de pago con los acreedores, respecto de los bienes de la herencia que les hayan sido adjudicados a ellos en la partición. Sin perjuicio de su derecho a resarcirse después de los demás coherederos, en la parte proporcional que les corresponda, y cualquiera que sea la forma en la que hayan aceptado la herencia, pues, una vez que los acreedores conocidos están satisfechos, las relaciones internas entre los herederos no están afectadas por el beneficio de inventario.

De modo que es factible y aconsejable que los herederos encomienden a un contador-partidor dativo el pago de las deudas (siempre que no haya legatarios o sea posible contar con todos ellos, un círculo generalmente mucho más reducido y "manejable" que el de los acreedores), o que, en una partición previa de la herencia, entreguen los bienes destinados al pago a los acreedores a uno de ellos que haya aceptado la herencia de manera pura y simple.

Pero todo esto no es suficiente, pues tales situaciones no se darán en cualquier herencia y, además, generalmente, habrán sido todos los herederos los que se habrán acogido al beneficio de inventario –es lo recomendable–. De modo que se hace necesario arbitrar estrategias más generales, la mayoría de las cuales pasan por la fase previa de convencer al causante de que las deje dispuestas o las facilite en un testamento. Para lo cual, conviene que los notarios promuevan el uso en los testamentos de cláusulas, si no de estilo, al menos muy generalizadas, del tipo "En caso de que alguno de los herederos haga uso del beneficio de inventario…", o, mucho mejor

aún, "El testador recomienda a sus herederos que hagan uso del beneficio de inventario y, para tal caso, …".

Valga como ejemplo de tales precauciones las que sugerí al hablar de las advertencias notariales, en el apartado de actuaciones del expediente a cargo del notario.

Pero no sólo, en mi opinión y con todas las cautelas, creo que es posible ir más allá, y, en última instancia, sugerirles a los herederos la posibilidad (discutible, pero no inviable) de que realicen las enajenaciones de las que ahora hablamos en forma privada, pero dando previa noticia a los acreedores y legatarios, informándoles suficientemente de las condiciones del negocio y del destino que se dará al precio y advirtiéndoles del sentido positivo que darán a su silencio, si prefieren no manifestarse. Esto es, que, de modo similar al regulado por el Código Civil para la enajenación en subasta notarial, pero sin necesidad de ella, de modo que el heredero notifique al acreedor –y quizá también al legatario, sobre todo cuando se trate de una institución pública o similar– que tomará su silencio como una aceptación tácita. Una posibilidad especialmente defendible cuando el acreedor sea una entidad bancaria o un empresario o profesional, quienes pueden comprender perfectamente la consecuencia jurídica de lo que se les propone y que disponen de medios adecuados para reaccionar.

Recuérdese a este respecto que nada impedirá que el negocio se realice, y que lo único que está en juego es la anulación de la enajenación, en un procedimiento judicial, en el que cabe suponer que se exigirá buena fe del demandante y pruebas del daño causado y de lo evitable del mismo. Esto es, la misma vía impugnativa, la misma buena fe procesal y las mismas pruebas que se exigirán de todo acreedor que impugne una enajenación hecha por los procedimientos que ordena el Código Civil, pues sin duda podrían impugnarla también.

Finalización de la puesta en administración de la herencia y de las demás medidas cautelares

No señala el Código Civil las causas ni las formalidades necesarias para dar por concluidos los efectos propios del beneficio de inventario. En cierto modo, algunos de éstos no acaban nunca, pues tanto pueden aparecer en cualquier momento nuevos bienes como nuevas deudas. Pero la puesta en administración de la herencia y

las restricciones a la libre disposición de los bienes sí que están condicionados al menos a dos cosas: a la propia existencia de bienes, de modo que –sin perjuicio de poderlas revitalizar– cesarán ambas cuando se hayan consumido todos los bienes haciendo tales pagos (en el bien entendido de que se trata de todos los bienes inventariables, o sea, con deducción de los inembargables); y a la existencia de deudas conocidas insatisfechas o de legados no entregados. Por lo tanto, incluso cuando haya un remanente de bienes, éstos quedarán libres de toda medida cautelar –no de responsabilidad patrimonial– una vez que ya no queden deudas conocidas.

Aunque la Ley del Notariado añade a las deudas las obligaciones del causante, no creo que sea necesario mantener la herencia en administración en tanto subsistan obligaciones pendientes de cumplimiento (algunas de las cuales pueden ser negativas y perpetuas), pues creo que el heredero que acepta la herencia, incluso haciéndolo a beneficio de inventario, acepta continuar las relaciones jurídicas de su causante, y por tanto las obligaciones en curso. De modo que del eventual incumplimiento de las mismas responderá con todos sus bienes, porque será un acto o una omisión propios, y no de su causante. Es decir, que, si las obligaciones ya están incumplidas en el momento de abrirse la herencia, el heredero debe tratarlas como deudas, sujetas al mismo régimen que todas las demás. Y, en otro caso, debe saber que las asume como obligaciones propias, con todas sus consecuencias.

ANEXO I

EXPEDIENTE NOTARIAL DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, PARA LA ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO O PARA RESERVARSE EL DERECHO A DELIBERAR

1. REQUERIMIENTO INICIAL

Puede requerir por sí el heredero sujeto a curatela, con el concurso de su curador (salvo que prevea lo contrario la sentencia que declara tal situación personal).

Cabe requerir por medio de representante voluntario.

Puede requerir el representante legal y, en ocasiones (arts. 166 y 271 CC), no puede aceptar sino de esta forma.

Si la institución de heredero está sujeta a condición, incluyendo aquí como tal la hecha en sustitución, el heredero deberá acreditar que la condición se ha cumplido.

Si la institución es a favor de una fundación que gestione un establecimiento público y se ha hecho bajo condición o imponiéndole un gravamen, la aceptación a beneficio de inventario es conveniente que venga precedida del previo consentimiento del Protectorado.

a) Declaración sobre litispendencia

Litispendencia: Manifiesta el promotor que ni él mismo ni, por lo que sabe, otra persona ha promovido otro expediente con la misma finalidad que éste.

A este respecto, advierto al requirente que:

— En caso de que se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los posteriormente incoados

En caso de que, después de comenzado, los interesados comuniquen al notario que se ha iniciado otro posterior, éste debe dirigirse oficialmente al otro notario, para hacerle saber que el suyo es anterior y está en curso. Y, si le acreditan que el otro es de fecha anterior, el notario detendrá el expediente y lo archivará.

— Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél.

Es posible repetir el expediente –siquiera parcialmente-, aunque haya un inventario anterior, si lo hizo otra persona y el nuevo promotor no lo acepta en su totalidad, o si lo hizo él, pero se propone reformarlo, en base a nuevas informaciones.

— Suspenderé y archivaré el expediente si se me acredita por cualquier interesado la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectar a éste.

b) Juicio notarial sobre la propia competencia

Yo, el notario me considero competente para instruir y autorizar el presente expediente por cuanto:

(*sólo en el caso de existir elementos de extranjería*) **lo son las autoridades españolas en *la herencia *el expediente de limitación de responsabilidad por deudas está sujeta al Derecho español y*

**(En el caso anterior y en cualquier otro, se expresará la elección concreta del notario por parte del promotor, dentro de las opciones legales)*

Criterios para determinar la competencia del notario:

a) Si la sucesión es transfronteriza:

Si el promotor tiene residencia habitual en España, el notario del lugar de situación de la mayor parte de los bienes corporales sitos en España

Si el heredero declarante no tiene su residencia en España, se requiere que las autoridades españolas sean competentes en la sucesión (por ser la residencia habitual del causante o por haber elegido éste la competencia de la ley española), y se aplicarán a continuación las reglas internas de competencia notarial de las sucesiones (las del apartado siguiente).

b) Si la sucesión es interna, el promotor puede elegir:

Al Notario con residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, siempre que estuviera en España (tal último domicilio constará habitualmente en el título sucesorio)

El notario del lugar en que estuviere la mayor parte de los bienes corporales, muebles o inmuebles, siempre que esa parte esté en España

El notario del lugar en que hubiera fallecido el causante, siempre que haya fallecido en España (también este dato del lugar de fallecimiento constará en el título sucesorio).

En todos los casos anteriores, un Notario de un distrito notarial colindante con el del notario que hubiera podido ser elegido con arreglo a los criterios precedentes.

En defecto de los anteriores puntos de conexión de este apartado b), el Notario del lugar del domicilio del requirente

c) Aceptación del requerimiento y formulación de advertencias notariales:

*Yo el notario acepto el requerimiento del presente expediente de *aceptación de herencia a beneficio de inventario *formación de inventario con reserva por el promotor del derecho a deliberar, en base a él, si acepta o repudia la herencia.*

El notario debe exigir del promotor que concrete entre uno y otro expediente, advirtiéndole de que, si opta por el primero, la herencia ya queda aceptada de modo irrevocable –en los términos del art. 997CC–.

*Se han cumplido a mi juicio los requisitos legales para llevar adelante tal actuación. *No obstante, hago constar que **

El notario puede hacer constar los incumplimientos de algunos requisitos señalados en la ley (especialmente de aquéllos que son diferentes en el CC y la LN, y más en particular la falta de presentación del título sucesorio), sobre cuya valoración no se considere competente o que a su juicio no sean obstativos para comenzar del expediente; añadiendo si lo considera oportuno la mención expresa de haber hecho las oportunas advertencias al promotor o a terceros.

ADVERTENCIAS NOTARIALES: Yo, el notario, informo al promotor que, según la el Código Civil y la Ley del Notariado:

El inventario deberá comenzar en los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluir dentro de otros sesenta (pudiendo prorrogarse por las causas legales). La citación de acreedores desconocidos y de legatarios con domicilio desconocido se hará mediante anuncios. El inventario incluirá la relación de los bienes del causante, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren, referidos a bienes muebles e inmuebles. De los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, se aportarán certificaciones de dominio y cargas. Del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, se aportará certificación o documento expedido por la entidad depositaria, y si dichos valores estuvieran sometidos a cotización oficial, se incluirá su valoración a fecha determinada. El pasivo a reflejar en el inventario incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones, así como de los plazos para su cumplimiento.

En mi opinión, es posible y adecuado que el notario haga saber al promotor –siquiera verbalmente– que la omisión de algunos de tales datos identificativos de bienes y deudas no impedirá la continuidad del expediente, ni su eficacia.

*El solicitante tiene derecho a solicitar del Colegio Notarial de *Murcia que se le reconozca el derecho de asistencia jurídica gratuita, en los términos previstos en la ley.*

2. ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

a) Heredero testamentario

*El promotor de este expediente manifiesta que ha sido nombrado heredero de *. Que dicho causante falleció el día *, bajo testamento otorgado el día *, ante *. Sigue diciendo que desea* ***aceptar su herencia*** *y que efectivamente lo hace* ***a beneficio de inventario****. Inventario que formalizará en la forma y plazos que establece el Código Civil y la Ley del Notariado.*

Hace constar que no ha aceptado previamente dicha herencia de forma pura y simple, ni expresa ni tácitamente, ni por presunción legal.

Título sucesorio: acredita su condición de heredero aportando copia autorizada del referido testamento.

**Me acredita la defunción de su causante, con el oportuno certificado de defunción; así como que se trata de su última voluntad, mediante el pertinente certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.*

Dejo unidos *a esta matriz los citados documentos*

**Me requiere mí el notario para que compruebe en el Registro Civil la efectiva defunción de su causante, y, en el Registro correspondiente, la condición de última voluntad del testamento por él presentado, así como para que deje unidos en su momento las pertinentes certificaciones a esta matriz.*

En tanto no esté disponible una consulta directa y telemática del Registro Civil, y no obstante lo dispuesto en el artículo 67 de la LN, parece aconsejable solicitar al heredero que aporte él el certificado de defunción.

Ambos certificados son imprescindibles para activar el expediente, por lo que el notario, de uno u otro modo, pero deberá conseguirlos por sí –incluso por gestión personal-, si el promotor no los aporta, e incluso- según la ley- por propia iniciativa, si el promotor no se los solicita.

b) Heredero ab intestato

*El promotor de este expediente manifiesta que es *hijo* (*indicar otro parentesco que proceda) *de *. Que dicho causante falleció el día *, sin haber otorgado testamento, por lo que ha sido formalizada su declaración de herederos ab intestato (ante *, notario de *, el día *, bajo el número * de su protocolo); en la que el promotor ha sido nombrado heredero. Sigue diciendo que desea* ***aceptar dicha***

herencia *y que efectivamente lo hace* ***a beneficio de inventario****. Inventario que formalizará en la forma y plazos que establece el Código Civil y la Ley del Notariado.*

Hace constar que no ha aceptado previamente dicha herencia de forma pura y simple, ni expresa ni tácitamente, ni por presunción legal.

Título sucesorio: acredita su condición de heredero aportando copia autorizada de la referida acta notarial de declaración de herederos ab intestato. Forman parte de ella el certificado de defunción del causante y el pertinente del Registro General de Actos de Última Voluntad. Documento que me exhibe y le devuelvo.

Aunque el citado artículo 67 de la LN no distinga, si el promotor aporta el acta de declaración de herederos, ésta incluirá necesariamente los certificados de defunción y Últimas Voluntades, de modo que el notario no tendrá que hacer nada más. Si por el contrario no la aporta, estos dos últimos documentos, por sí solos, son inútiles, por lo que el notario puede limitarse a rechazar la pretensión. (Pero sólo en cuanto al expediente de formación notarial de inventario, dejando formalizada la aceptación de la herencia en tal modalidad)

c) Heredero que manifiesta ser –o que espera ser– tal, pero no aporta su título sucesorio

*El promotor de este expediente manifiesta que es *hijo* (*indicar otro parentesco que proceda) *de don *. Que le consta que dicho causante ha fallecido* (*indicar el día si el heredero lo sabe). *No obstante, el promotor manifiesta que no tiene a su disposición su título sucesorio. Sigue diciendo que desea* ***aceptar*** *dicha herencia y que efectivamente lo hace* ***a beneficio de inventario****.*

Hace constar que no ha aceptado previamente dicha herencia de forma pura y simple, ni expresa ni tácitamente, ni por presunción legal.

ADVERTENCIA NOTARIAL: Yo el notario le informo que, para poder solicitar la formación de dicho inventario, además de los requisitos establecidos en dicho Código, la Ley del Notariado exige la presentación de su título sucesorio.

El expediente se cierra en este punto o –eventualmente y si se prevé que será en breve– se suspende hasta que se presente el título sucesorio.

d) Heredero que se había reservado el derecho a deliberar y que,

no obstante, decide aceptar antes de la finalización del inventario, pero acogiéndose a él

La razón de ser de este comportamiento puede estar en que el promotor necesite actuar como heredero en algún contrato o procedimiento (cobrar un seguro, solicitar una licencia, subrogarse como actor en un juicio, etc.) pero siempre que tales actos no lo sean de enajenación y supongan la pérdida del beneficio de inventario, pues en otro caso la aceptación debería ser pura y simple y el promotor debería solicitar la finalización del expediente en el punto en que se encuentre

El promotor de este expediente, que no había aceptado la herencia y que se había reservado el derecho a deliberar, según consta en el requerimiento inicial, ***manifiesta en este acto que ya tiene tomada su decisión y que desea aceptar dicha herencia y que efectivamente lo hace a beneficio del inventario*** *que, a su instancia, se está formando en este expediente y cuya tramitación solicita que continúe, pero ahora en su calidad de heredero aceptante.*

3. RESERVA DEL DERECHO A DELIBERAR, ANTES DE ACEPTAR O RECHAZAR LA HERENCIA Y DE HACERLO DE FORMA PURA O A BENEFICIO DE INVENTARIO

a) Heredero testamentario

*El promotor de este expediente manifiesta que ha sido nombrado heredero de *. Que dicho causante falleció el día *, bajo testamento otorgado el día *, ante *.*

Sigue diciendo que no ha aceptado previamente dicha herencia de forma pura y simple, ni expresa ni tácitamente, ni por presunción legal, y que, antes de decidir si la acepta o no y la forma en la que lo hace, ***se reserva el derecho a deliberar****, en base al oportuno inventario, que formalizará en la forma y plazos que establece el Código Civil.*

Título sucesorio: acredita su condición de heredero aportando copia autorizada del referido testamento.

**Me acredita la defunción de su causante, con el oportuno certificado de defunción; así como que se trata de su última voluntad, mediante el pertinente certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.*

Dejo unidos *a esta matriz los citados documentos*

**Me requiere mí el notario para que compruebe en el Registro Civil la efectiva defunción de su causante, y la condición de última voluntad del testamento por él presentado, en el Registro correspondiente, y para que deje unidos en su momento las pertinentes certificaciones a esta matriz.*

*Ver nota a 2)-a).

b) Heredero ab intestato

*El promotor de este expediente manifiesta que es *hijo* (*indicar otro parentesco que proceda) *de don *. Que dicho causante falleció el día *, sin haber otorgado testamento, por lo que ha sido formalizada su declaración de herederos ab intestato (ante *, notario de *, el día *, bajo el número * de su protocolo); en la que el promotor ha sido nombrado heredero. Sigue diciendo que, antes de decidir si acepta o no dicha herencia y la forma en la que lo hace,* ***se reserva el derecho a deliberar****, en base al oportuno inventario, que formalizará en la forma y plazos que establece el Código Civil y la Ley del Notariado.*

Título sucesorio: acredita su condición de heredero aportando copia autorizada del acta notarial de declaración de herederos ab intestato. Forman parte de ella el certificado de defunción del causante y el pertinente del Registro General de Actos de Última Voluntad. Documento que me exhibe y le devuelvo.

*Ver nota a 2)-b).

c) Heredero que manifiesta ser –o que espera ser– tal, pero no aporta su título sucesorio

*El promotor de este expediente manifiesta que es *hijo* (*indicar otro parentesco que proceda) *de don *. Que le consta que dicho causante ha fallecido* (*indicar el día si el heredero lo sabe). *No obstante, el promotor manifiesta que no tiene a su disposición su título sucesorio.*

Sigue diciendo que, antes de decidir si acepta o no dicha herencia y la forma en la que lo hace, ***se reserva el derecho a deliberar****, en base al oportuno inventario, que formalizará en la forma y plazos que establece el Código Civil.*

ADVERTENCIA NOTARIAL: Yo el notario le informo que, para poder requerir la formación de dicho inventario, además de los re-

quisitos establecidos en dicho Código, la Ley del Notariado exige la presentación de su título sucesorio.

*Ver nota a 2)-c).

d) Advertencias comunes a los tres supuestos

AVERTENCIAS NOTARIALES: advierto al promotor que perderá la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario si dejare transcurrir el plazo máximo de treinta días, a contar desde su finalización, sin expresar el resultado de su deliberación; de modo que, en tal caso, se entenderá que ha aceptado la herencia SIN BENEFICIO de inventario, esto es, de manera pura y simple. El promotor manifiesta entenderlo y quedar informado de ello.

4. EXPEDIENTE SIN INVENTARIO:

Las declaraciones que siguen no están sujetas a plazo y pueden hacerse al tiempo de la adición o de la partición de la herencia, y en el mismo documento que formalice tales actuaciones. No obstante, y con excepción del concurso de la herencia, también en estos supuestos cabe utilizar el expediente para la realización de otras actuaciones, como la adopción de medidas cautelares por parte del notario o la citación a nuevos acreedores

a) Por haber tomado –judicialmente– la herencia de otro que la ha tenido en su poder por más de un año

*Manifiesta el promotor que, en sus circunstancias, no es necesaria la formación del inventario, pues **ha recibido la herencia, por vía judicial, de otro heredero que la había tenido más de un año en su poder**. Se remite a la relación de bienes y deudas que consta *en la sentencia en la que se le entregan los bienes *en esta misma escritura de adición de la herencia.*

** El promotor se remite a tal inventario en términos generales, si bien con las modificaciones que seguidamente hace constar, dado que no lo considera enteramente correcto o completo.*

ADVERTENCIA NOTARIAL: Le advierto de que queda igualmente sujeto a las limitaciones dispositivas de los bienes de la herencia establecidas en el Código Civil y a la posible pérdida del beneficio si no las respetara.

b) Por existir un inventario anterior, de un heredero que después repudia la herencia

Manifiesta el promotor que, en sus circunstancias, no es necesaria la formación del inventario, por cuanto éste ***ha sido ya realizado con anterioridad****, en relación con esta misma herencia. Consta formalizado dicho inventario en el expediente notarial de jurisdicción voluntaria documentado en* (*indicar notario, fecha y número de protocolo).

Manifiesta el promotor que ***ha recibido *su parte en la herencia ya inventariada*** *por el albacea, contador-partidor designado por el testador, y que éste le ha manifestado que ya ha pagado todas las deudas conocidas y ha entregado todos los legados.*

Esta posibilidad está condicionada a que verdaderamente estén pagadas las deudas y entregados los legados. En otro caso, también puede valer el inventario hecho por el albacea, pero a condición de que reúna los requisitos del beneficio de inventario

**El promotor se remite a tal inventario*

** El promotor se remite a tan inventario en términos generales, si bien hace las modificaciones que seguidamente hace constar, dado que no lo considera enteramente correcto o completo.*

Si el promotor no se limita a aportar datos marginales o a corregir errores, sino que incluye deudas de otros acreedores que no fueron parte en el inventario ya hecho, el notario deberá citar a dichos acreedores y el expediente seguirá en lo necesario los pasos ordinarios

ADVERTENCIA NOTARIAL: Le advierto de que queda igualmente sujeto a las limitaciones dispositivas de los bienes de la herencia establecidas en el Código Civil y a la posible pérdida del beneficio si no las respetara.

c) Por estar la herencia en concurso o por ser la herencia de un causante que estaba él en situación de concurso

*Manifiesta el promotor que no es necesaria la formación del inventario, pues *su causante *la herencia ha sido declarado*a en* ***concurso de acreedores*** (*indicar juzgado, fecha y número de asunto).

El expediente acaba en este punto, puesto que todos los trámites del CC y de la LN deben entenderse substituidos por los previstos en la ley Concursal, incluido el pago a los acreedores y legatarios.

d) Por tratarse de una fundación

Manifiesta el promotor que, ***dada su condición de fundación, no es necesaria la formación del inventario****. Se remite a la relación de bienes y deudas que hará constar en la escritura de *adición *partición de la herencia.*

ADVERTENCIA NOTARIAL: Le advierto de que la fundación queda igualmente sujeto a las limitaciones dispositivas sobre bienes de la herencia establecidas en el Código Civil y a la posible pérdida del beneficio en caso de no respetarlas; en particular, que los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil.

5. ADVERTENCIAS AL PROMOTOR DEL EXPEDIENTE

ADVERTENCIAS NOTARIALES:

— Informo al promotor que, en caso de obtener el beneficio,

El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma, y que no se confunden para ningún efecto, en daño suyo, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia, de modo que conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, la herencia queda bajo la administración.

Los gastos del inventario y las demás actuaciones a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia.

— Y le advierto que son causas legales de pérdida del beneficio por el heredero, de modo que la herencia se entenderá aceptada de forma pura y simple:

Si por su culpa o negligencia no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas o, a sabiendas, dejare de incluir en él alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

Si, antes de completar el pago de las deudas y legados, enajenase bienes de la herencia sin las formalidades ordenadas por el Código Civil o si, tras reservarse el derecho a deliberar y antes de aceptar a beneficio de inventario, el heredero realizara los actos a los que el Código Civil asigna el efecto de una aceptación pura y simple.

No corresponde al notario valorar las actuaciones ni las omisiones del promotor, por lo que, incluso cuando se produzcan los hechos anteriores, debe limitarse a dejar constancia de lo que al respecto manifiesten terceros y el promotor; sin denegar por ello la solicitud de continuar el expediente y su conclusión positiva.

— Le advierto además de que la aceptación de la herencia no es revocable y no podrá ser impugnada sino cuando adoleciese de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido. Le informo de que, en consecuencia, tal aceptación no podrá ser revocada porque aparezcan nuevos bienes o deudas hasta ahora ignorados.

6. PLAZOS PARA EL INICIO DEL EXPEDIENTE:

El promotor hace constar que realiza la declaración de acogerse al beneficio de inventario ***dentro del plazo legal****.*

El notario debe aceptar en principio las declaraciones que haga el promotor a este respecto, incluso la de que realiza la declaración fuera de plazo, pero alegando motivos de excusa, que dice que acreditará donde proceda. No obstante, si se prefiere, esta sucinta declaración puede sustituirse por la más apropiada al caso concreto, haciendo referencia a los requisitos del CC. A saber:

a) Heredero que SI TIENE en su poder la herencia o parte de ella (art. 1014 CC)

El promotor de este expediente manifiesta que tuvo conocimiento del fallecimiento de su causante y de su condición de heredero el día * (*debe ser un día no anterior en más de veintinueve a la fecha del acta)*, y que desde entonces –y a reserva del resultado final del inventario que resulte de este expediente– tiene en su poder, como tal heredero, al menos una parte de los bienes de la herencia de su antes mencionado causante;*

El plazo para hacer la declaración –de aceptar o de reservarse el derecho a deliberar– es de treinta días y se cuenta desde que el promotor conoció la muerte de su causante y supo con certeza que era heredero

El promotor de este expediente manifiesta que, aunque tuvo un conocimiento anterior del fallecimiento de su causante y de su condición de heredero, no ha sido sino desde el día * (*debe ser un día no anterior en más de veintinueve a la fecha del acta), *que –a reserva del resultado final del inventario que resulte de este expediente- tiene en su poder, como heredero, al menos una parte de los bienes de la herencia de su antes mencionado causante;*

b) Heredero que NO TIENE en su poder la herencia o parte de ella y HA SIDO REQUERIDO para que, en plazo de treinta días, acepte o repudie (art. 1005 CC)

El plazo para hacer la declaración –de aceptar o de reservarse el derecho a deliberar– es de treinta días desde que expire el plazo que se le dio para aceptar o repudiar (que a su vez es también de treinta días) o desde el día en que hubiere aceptado voluntariamente, siempre que no lo hiciera de manera pura y simple

*El promotor de este expediente manifiesta: a) que no ha tenido en ningún momento en su poder, como heredero, los bienes de la herencia, *que han estado siempre en manos de su *madre *padre, que es el cónyuge viudo *pues, aunque ha ocupado alguno de ellos, sólo lo hacía como *arrendatario *precarista; y b) que el día* * (* debe ser un día no anterior en más de cincuenta y nueve días al momento en que se le notificó tal demanda) *fue requerido para que expresara su decisión de aceptar o rechazar la herencia, como ahora hace.*

c) El heredero NO TIENE en su poder la herencia o parte de ella y NO HA SIDO REQUERIDO para que acepte o repudie (art. 1016 CC)

*El promotor de este expediente manifiesta: a) que no ha tenido en ningún momento en su poder, como heredero, los bienes de la herencia, *que han estado siempre en manos de su *madre *padre, que es el cónyuge viudo *pues, aunque ha ocupado alguno de ellos, sólo lo hacía como *arrendatario *precarista; b) que nunca ha sido requerido para que expresara su decisión de aceptar o rechazar la herencia; y, por último, c) que no ha prescrito su derecho hereditario.*

En este supuesto, no hay plazo para hacer la declaración –de aceptar o de reservarse el derecho a deliberar- (El plazo de prescripción de la acción de re-

clamar la herencia de un tercero tampoco juega, pues se trata de una cuestión ajena al expediente y que no lo impide).

7.INICIO DEL INVENTARIO:

a) El promotor ya conoce todos los bienes y –en su caso– deudas de la herencia (y no tiene motivo razonable para hacer más averiguaciones al respecto), y ha citado a acreedores y legatarios –por sí o a través del notario–, para que presencien la formación del inventario

Esta actuación no tiene otro plazo que el inicial (en función de la distinta relación del heredero con los bienes, según hemos visto), y que no requiere propiamente de un expediente, por lo que bien podría subsumirse en el contenido estándar de cualquier escritura de partición de herencia, con independencia de que haya o no legatarios, pues éstos tienen su lugar bien definido en la partición. No obstante, incluso en un supuesto tan simplificado, también puede el promotor preferir una tramitación completa del expediente, sobre todo cuando quiere que sirva para citar notarialmente a los acreedores, para adoptar medidas cautelares sobre los bienes y otras actividades propias del expediente de jurisdicción voluntaria.

*Véase el modelo del Anexo II: "PARTICIÓN DE HERENCIA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO"

b) El promotor hace constar los datos –muchos o pocos– de que dispone sobre el inventario, bienes o deudas, y se los hace saber a los acreedores y legatarios, a los que convoca para el acto final de formación del inventario

INVENTARIO:

— No hay acreedores conocidos, que hayan formulado reclamaciones al promotor, ni su existencia ha resultado -por el momento- de los documentos de la herencia

Manifiesta el promotor que no ha recibido reclamaciones por deudas de la herencia, ni ha podido saber de su existencia hasta este momento; se propone realizar desde ahora las gestiones necesarias para averiguar con mayor certeza los bienes y deudas que pudo dejar su causante, y así poder formar el inventario en debida forma y dentro del plazo legal.

ADVERTENCIAS NOTARIALES: yo el notario le hago saber al promotor que, inexcusablemente, debe comparecer de nuevo ante mí en el plazo máximo de * (10, 15 días o el plazo que considere oportuno el notario) *para identificar a los acreedores que se hayan dirigido a él y a los demás de que haya podido obtener noticia, a fin de citarles *–junto con los legatarios– a la formación del inventario; o, si nada ha podido averiguar a este respecto, para señalar la fecha de tal formación, sin su presencia.*

Le informo de que, en el primer caso, debe iniciar el inventario en el plazo máximo de treinta días desde tal citación a los acreedores y legatarios, y terminarlo en el máximo de otros sesenta días (sin perjuicio de la posibilidad de obtener una prórroga -de cuyo régimen le advierto).

También le informo de los diferentes modos en que puede hacer tales citaciones, según los casos.

El expediente se suspende en este punto. Cuando comparezca de nuevo el promotor lo hará para hacer una manifestación de inventario sin deudas (con la fórmula anterior), o para detallar las que conoce, según se dice a continuación

— El promotor tiene identificados –y ya ha citado, por sí o notarialmente– a los acreedores y legatarios

<u>INVENTARIO</u>:

*<u>Bienes</u>: El promotor manifiesta que el inventario de bienes de su causante, don *, está formado por los siguientes bienes: **

**En relación con el patrimonio empresarial, bienes y deudas, de su causante, dice que es el que consta en sus libros de comercio, debidamente diligenciados, a los que se remite y pone a disposición de acreedores y legatarios.*

Declara bajo su responsabilidad que no conoce la existencia de otros bienes, y que no ha dispuesto ni gastado o consumido bienes o dinero de su causante.

Podrían incluirse en este punto, en sentido contrario al texto, aquellos bienes de los que sí haya dispuesto el heredero, bien porque tenga derecho a consumirlos, como alimentos, bien porque los haya enajenado en los términos permitidos por el CC, indicando en su caso si han sido sustituidos por otros (que deberían inventariarse pues a su vez)

Si bien, manifiesta que no ha mencionado en el inventario los bienes que las leyes declaran inembargables y que, por el contrario,

deja expresamente incluidos en él todos los bienes que estén titulados a favor de su causante en algún registro público o en alguna entidad bancaria o financiera debidamente registrada, bienes que reconoce como propios de su causante (salvo prueba en contrario), y por tanto los da por inventariados, aun cuando, por no tener conocimiento de ellos en este momento, no los haya identificado individualmente.

Documentación:

*El promotor aporta las escrituras, documentos y papeles de importancia que ha podido encontrar, relativos a los bienes inventariados. Se trata de *. Documentos que me exhibe y devuelvo al interesado, *dejando unidos a esta matriz, a petición del promotor, los siguientes *.*

— Respecto de los bienes inmuebles por él relacionados, me solicita que obtenga y deje unida certificación catastral descriptiva y gráfica

En este expediente la información catastral no está ordenada por la LN, y sólo se unirá cuando el promotor la considere pertinente, a efectos identificativos. No es ocasión ni lugar adecuado para dar cumplimiento a los distintos mecanismos de rectificación y coordinación registral o catastral de la descripción de las fincas, por lo que ni el promotor ni menos aún otros interesados deben hacer manifestaciones sobre dicha concordancia o sobre las discrepancias que existan; ni el notario, en consecuencia, tiene que expresar si ha identificado o no fincas con su referencia catastral.

— Respecto de los bienes inmuebles por él relacionados que están inscritos en el Registro de la Propiedad, el promotor me requiere para que solicite y deje unida a este acta nota registral informativa

La LN prevé que el promotor aporte o el notario obtenga por sí certificación de dominio y cargas (y no simple información registral), pero tampoco sanciona su omisión con la pérdida del beneficio. Si el promotor no dice nada, creo que el notario debe cumplir la previsión legal, pero también creo que debe seguir preferentemente las indicaciones que le dé el promotor.

— Respecto del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, el promotor aporta certificación o documento expedido por la entidad depositaria, así como el documento de su

*valoración a fecha *, respecto de aquellos valores que están sometidos a cotización oficial. Tales documentos y certificaciones los dejo unidos a esta matriz.*

El promotor no me ha solicitado a mí el notario una valoración pericial de los bienes inventariados

*Se remite a las escrituras, documentos y papeles de importancia que ha podido encontrar, relativos a los bienes inventariados, así como a los certificados bancarios *y documentos emitidos por la sociedad depositaria de los valores cotizables, y que ha dejado relacionados tras la respectiva descripción de los bienes.*

Declara que tales documentos constituyen la totalidad de las escrituras y papeles de importancia que ha podido encontrar, relativos a los bienes inventariados.

***Protocolización del inventario**: Me requiere a mí el notario para que protocolice el inventario, que ha iniciado y deja concluido en el plazo legal.*

— No hay acreedores personados en la herencia ni legados cuya entrega deba quedar en suspenso, y el promotor no tiene motivo razonable para suponer su existencia.

Legados: manifiesta el promotor que

**el testamento de su causante no ordena legados*

**todos los legados reflejados en el testamento de su causante han sido entregados*

La entrega de legados no puede iniciarse hasta que estén pagadas todas las deudas exigibles

Deudas: El promotor hace constar que ningún acreedor le ha formulado reclamación alguna y que no tiene motivos para suponer su existencia. No obstante, se compromete a adoptar las precauciones legales, si sobrevinieran deudas ahora ignoradas.

— Hay acreedores de la herencia o legados cuya entrega deba quedar en suspenso (hasta que se pague a los acreedores)

*Legados: manifiesta el promotor que, en el testamento de su causante antes reseñado, constan los siguientes: *.*

*De ellos, no se han entregado los siguientes: **

La entrega de legados no puede iniciarse hasta que estén pagadas todas las deudas exigibles

*Deudas: **

En el inventario deberá hacerse relación circunstanciada de cada deudas y obligaciones, expresando –por lo que sepa de ellas– los datos sobre su origen y cuantía, los plazos para su cumplimiento, así como de la situación de estar alguna vencida y no satisfecha.

Puede y debe inventariarse deudas de las que el promotor tenga algún conocimiento o motivo para pensar que existen y estén referidas a persona concreta o determinable, aunque desconozca su cuantía y la identidad exacta del acreedor. También debe hacerse mención en el inventario de las noticias que el promotor tenga de reclamaciones o gestiones de los acreedores, no sólo de reclamaciones judiciales, sino también privadas.

*Hace constar que resultan tales deudas y las circunstancias que ha hecho constar de ellas de los documentos que ha podido encontrar que tenía el causante *, *así como de la información que le ha proporcionado el acreedor *(la entidad bancaria *) sobre el saldo actual de la deuda.*

Declara que ningún otro acreedor le ha formulado reclamación alguna y que no tiene motivos para suponer su existencia. No obstante, se compromete a adoptar las precauciones legales, si sobrevinieran deudas ahora ignoradas.

Las mismas fórmulas se utilizarán, llegado el momento, cuando el inventario se haga en un momento posterior al inicio del expediente

Solicitud por el notario de información sobre bienes y deudas

— Al Registro de la Propiedad

INFORMACIÓN REGISTRAL: Diligencia que pongo yo, el notario autorizante, para hacer constar:

**que dejo unida a esta matriz la información registral (consistente en nota simple informativa) que me ha entregado *el promotor de este expediente *, *el legatario *el acreedor personado en este expediente, relativa *al *a los distintos bienes inmuebles inscritos por él identificado*s.*

**que, ante el silencio al respecto de los interesados y conforme a lo previsto en el artículo 68 de la Ley del Notariado, por medios telemáticos, he solicitado y obtenido de los Registros de la Propie-*

dad correspondientes certificación de dominio y cargas relativa a los distintos bienes inmuebles inscritos identificados por las distintas partes personadas en este expediente.

**que, previa solicitud al respecto de los interesados, por medios telemáticos, he solicitado y obtenido de los Registros de la Propiedad correspondientes la información registral relativa (nota simple informativa, según la preferencia expresada por los peticionarios) a los distintos bienes inmuebles inscritos identificados por las distintas partes personadas en este expediente.*

— Al Catastro (si fue requerida por el promotor tal información)

*INFORMACIÓN CATASTRAL: diligencia que pongo, yo el notario autorizante, para hacer constar que dejo unido a esta matriz las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas que –a tenor de la información que me proporcionan los interesados– son las correspondientes *al *a los distintos bienes inmuebles inscritos identificado*s por las distintas partes personadas en este expediente.*

8. CITACIONES NOTARIALES:

(Sólo para el caso de que haya legatarios o los herederos conozcan de la existencia de acreedores –los posibles legatarios serán conocidos en todo caso, porque constarán en el testamento–)

a) Destinatarios:

— Legatarios:

*El promotor convoca a los **legatarios** mencionados en el testamento, para que, conforme a su derecho, asistan a la formación del inventario de bienes de su causante, don *. Y, a tal efecto, me requiere a mí el notario para que les **cite para el próximo día *, en el que deberán acudir a *esta Notaría, a las * horas**.*

Identificación de los destinatarios y lugares de notificación: *Nombre y apellidos o razón social de los legatarios, con indicación de su respectivo domicilio de notificaciones

*El promotor hace constar que los domicilios que ha indicado son los que constan en **

**El promotor me requiere para que convoque a los legatarios*

cuyo domicilio no le consta, mediante edictos a publicar en los lugares indicados en la ley.

Tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes: a) al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto; y b) donde radiquen la mayor parte de sus bienes, también, si fueras Ayuntamientos distintos a los anteriores

— Acreedores:

En mi opinión, y en ciertos casos, el promotor puede citar a los acreedores por sí mismo –o solicitar una notificación por procedimientos no notariales-burofax–. Véanse a este respecto las notas explicativas.

El promotor convoca a los **acreedores que seguidamente identifica, de las que tiene razones para creer o al menos dudar que puedan tener créditos contra su causante, para que, en defensa de su derecho, asistan a la formación del inventario de bienes de tal herencia. Y, a tal efecto, me requiere a mí el notario para que les **cite para el próximo día *, en el que deberán acudir a *esta Notaría, a las * horas**.*

Identificación de los destinatarios y lugares de notificación: *Nombre y apellidos o razón social de los legatarios, con indicación de su respectivo domicilio de notificaciones

*El promotor hace constar que los domicilios que ha indicado son los que constan en **

**El promotor me requiere para que convoque a los acreedores cuyo domicilio no le consta, mediante edictos a publicar en los lugares indicados en la ley.*

Tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes: a) al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto; y b) donde radiquen la mayor parte de sus bienes, también, si fueras Ayuntamientos distintos a los anteriores

El promotor solicita de cada uno de los citados como acreedores, respectivamente:

— Que confirme la existencia y realidad de su deuda. El promotor hace constar que, por su parte, con esta citación no está reconociendo ni negando la realidad de la misma.

— Que exprese si es pura, condicional o a plazo, y si está vencida y no satisfecha;

— Que concrete la cuantía actual de su deuda.

— Formas de notificación:

Personal

El notario remitirá cédula a legatarios y acreedores conocidos, con indicación del día, hora y lugar para los que se le cita, incluyendo copia simple del contenido actual del acta, y haciendo en la cédula las siguientes advertencias

ADVERTENCIAS NOTARIALES: los acreedores y legatarios tienen derecho: a acudir si les conviene a presenciar el inventario, haciendo las manifestaciones que consideren oportunas sobre bienes y deudas; a solicitar –a su costa– la intervención de peritos para valorar los bienes; a solicitar al notario la adopción de medidas cautelares y en particular el nombramiento de un administrador durante el expediente (en caso de que no se haya constituido como tal el promotor o los herederos). En cuanto a los legatarios: no podrán reclamar la entrega de su legado hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos; y, en caso de que aparecieren otros acreedores, después de entregados los legados, éstos podrán reclamarles el pago de sus créditos si no quedaran en la herencia bienes suficientes.

Por edictos

El notario remitirá edicto a los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, con información sucinta del expediente: nombre y DNI del causante, lugar, día y hora para los que se cita; nombres de los legatarios y acreedores conocidos; notario autorizante y situación y horarios de atención al público de su Notaría. Deberá constar también que el edicto debe estar expuesto por plazo de un mes

— Diligencias de entrega personal o de envío postal y recepción de las cédulas de notificación, así como de envío a los lugares adecuados y de haber estado expuestos los edictos*

9. COMPARECENCIAS DE LEGATARIOS O ACREEDORES

a) Comparecencias

**El día *, ante mí, notario autorizante de este expediente, COMPARECE Don *, en calidad de *legatario *acreedor de este expediente. Señala además como domicilio y procedimiento válidos de notificaciones que tengan que ver con este expediente (siempre que quede constancia de la recepción) la siguiente dirección de correo electrónico: *.*

*Y hace constar: que queda enterado: a) de que la aceptación de la herencia se ha hecho a beneficio de inventario, y que don * *el promotor de este expediente *los herederos, conjuntamente se ha*n constituido en administrador*es de los bienes; y b) del contenido de tal inventario que ha formado el promotor; c) reservándose los derechos que para tal caso les atribuye la ley.*

Respecto de deudas:

**Que es titular de un crédito contra el causante de la herencia objeto de este expediente.*

**Que el origen, estado y cuantía o saldo actual son los que constan en el documento que me entrega y dejo unido a esta matriz.*

**Que su crédito procede de un *préstamo *hipotecario *personal, formalizado en *, de fecha *, y vence el día * (sin perjuicio de su derecho a provocar el vencimiento anticipado, en las condiciones acordadas). *Que se pactó que el pago se haría en cuotas mensuales. *Que, a día de hoy, la deuda pendiente es de **

**Que solicita el nombramiento de perito para la valoración de los bienes objeto de este inventario a que seguidamente hace referencia, requiriéndome a mí el notario para que designe a tal perito, con arreglo a lo previsto en la Ley del Notariado.*

ADVERTENCIA NOTARIAL: Yo el notario advierto al requirente que los gastos de designación de perito serán de su cuenta.

*Relación de bienes sobre los que se pide valoración: **

Respecto de bienes:

**Que, según sus averiguaciones, son también parte de la herencia objeto de este expediente –y han sido omitidos en el inventario– los siguientes bienes: **

Se utilizarán las mismas fórmulas antes vistas, para cuando el inventario se hace en el momento inicial.

La relación de bienes y deudas incluirá en lo posible los mismos datos que cuando su constancia en el expediente la hace el promotor.

ADVERTENCIA NOTARIAL: Yo, el notario autorizante de este expediente, advierto al compareciente de que daré traslado del contenido de esta diligencia al promotor de este expediente, para que decida sobre la inclusión o no de estos bienes en el inventario.

b) Actuaciones parciales de formación del inventario

Se dejará constancia de actuaciones notariales practicadas, dentro o fuera del despacho, durante las cuales se alce inventario detallado del contenido de libros, documentos, objetos, etc. De otro lado, y a petición de parte interesada, se dejará igualmente constancia en el expediente de otras actuaciones privadas de formación del inventario, realizadas por las partes, con citaciones también privadas, según las manifestaciones al respecto que haga el promotor u otro interesado.

*El promotor de este expediente me requiere para que, en su compañía y, en su caso, en la de los acreedores y legatarios que consideren oportuno acudir –para lo cual les ha hecho la oportuna comunicación–, me persone en la sucursal * de la entidad bancaria *, y levante acta de los documentos y bienes que pudieran ser hallados en * la caja de seguridad, que su causante tenía allí contratada *en las oficinas sitas en *, sede del negocio de *, del que era titular su causante* etc.

*El promotor de este expediente manifiesta que ha realizado la investigación y levantado inventario parcial de los bienes *y deudas que constan en la relación que me entrega, actuaciones que ha realizado *en compañía de los legatarios y acreedores que seguidamente menciona *por sí solo, pero tras haber citado a acreedores y legatarios, dándoles la oportunidad de que comparecieran, aunque no lo han hecho*

Se utilizarán las mismas fórmulas antes vistas, para cuando el inventario se hace en el momento inicial

La relación de bienes y deudas incluirá en lo posible los mismos datos ya vistos.

10. MEDIDAS CAUTELARES

a) Adopción

*Yo, *, notario autorizante de este expediente, HAGO CONSTAR que, *por propia iniciativa, por considerarlo conveniente a los fines del mismo, *a instancia de *, *según escrito presentado por * (que dejo unido a esta matriz), y después de oídos los demás interesados personados, he acordado las siguientes medidas cautelares: **

— Nombramiento de administrador:

*– He nombrado a **don * administrador de los bienes de la herencia** a que se refiere este expediente. El designado acepta el cargo, declarando no incurrir en conflicto de intereses; señala además como domicilio y procedimiento válidos de notificaciones que tengan que ver con este expediente (siempre que quede constancia de la recepción) la siguiente dirección de correo electrónico: *.*

Por orden de preferencia: al designado por los interesados de común acuerdo; al cónyuge viudo; a un coheredero que haya aceptado la herencia de manera pura y simple; al mismo promotor del expediente; a un tercero

**El promotor hace saber que se constituye en administrador de la herencia, hasta el completo pago de las deudas y la entrega de los legados*

**Los coherederos, por unanimidad, han acordado designarse recíprocamente administradores de la herencia, de manera que baste la firma de *cualquiera *dos cualesquiera de ellos para realizar toda clase de actos de administración y conservación de los bienes.*

Los administradores deberán además realizar todos los actos de custodia y conservación que consideren necesarios u oportunos y deberán comunicar al promotor de este expediente (en caso de que él no fuera el administrador) cualquier novedad dañosa o situación que ponga los bienes en peligro. Por el contrario, los administradores no tienen facultades para realizar actos de disposición, excepto los necesarios para pagar las deudas y legados, así como para la continuidad del negocio al que estuvieran afectos, en su caso.

*Hace*n constar que conoce*n el régimen legal de administración y en su caso de enajenación de bienes de la herencia, hasta dicho pago o entrega de deudas y legados, del que yo el notario le*s he informado. Y añade*n que se compromete*n a adoptar las precauciones legales, en el caso de sobrevenir deudas ahora ignoradas.*

*Por mi parte, yo el notario considero conforme a derecho tal *decisión del promotor *acuerdo de los herederos; y **designo***

administrador*es a la*s persona*s y en las condiciones de actuación indicadas. El*Los designado*s acepta*n el cargo, declarando no incurrir en conflicto de intereses; señala*n además como domicilio y procedimiento válidos de notificaciones que tengan que ver con este expediente (siempre que quede constancia de la recepción) la*s siguiente*s dirección*ones de correo electrónico: *.*

En ambos supuestos

*El promotor *, con el consentimiento de los coherederos personados, decide que *el*los administrador*es designado*s continúe*n en sus funciones una vez concluido el expediente y hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, sin perjuicio de su remoción por la autoridad competente y a instancia de parte interesada.*

Siempre que se considere oportuno por las partes tal continuidad de funciones del administrador

ADVERTENCIA NOTARIAL: yo el notario advierto a los administradores que, al finalizar sus funciones, deberán rendir cuenta de las mismas, en la forma establecida en el Código Civil, y, en particular, que serán responsables de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya.

— Depósito:

**He ordenado el depósito en poder de **

**Me constituyo en depositario*

*de los bienes muebles que dejo referidos, en las condiciones siguientes: **

b) Modificación

*Yo, el notario autorizante de este expediente, *a instancia de *, he modificado las medidas cautelares acordadas, en la siguiente forma: **

**El promotor de este expediente, que se había reservado el derecho a deliberar, ha aceptado la herencia a beneficio de inventario. En consecuencia, me requiere a mí, el notario, para que le retire la administración que para la fase de formación del inventario le ha sido conferida a *, y declara que *conjuntamente con sus coherederos y por unanimidad, han acordado:*

Siguen las fórmulas antes dichas para el nombramiento de administrador

c) Alzamiento de las medidas cautelares

*El promotor de este expediente hace constar que ha satisfecho completamente las deudas ya vencidas de los acreedores de la herencia. *Así como ha entregado todos los legados ordenados por su causante. No obstante, se compromete a adoptar las precauciones legales, si sobrevinieran deudas ahora ignoradas.*

En consecuencia de todo ello, solicita el levantamiento de las medidas cautelares en vigor.

El pago de las deudas no es propio del expediente, sino una actuación posterior al mismo. No obstante, la manifestación de estar ya completamente pagadas las deudas vencidas y de estar entregados los legados, sin que haya terceros interesados en el expediente, autorizará al promotor a solicitar el levantamiento de las medidas cautelares.

Respecto del alzamiento de la administración de los bienes y otras medidas, en caso de quedar deudas a plazo y, sobre todo, deudas condicionadas o eventuales, véanse las notas explicativas

*DILIGENCIA que pongo yo el notario autorizante de este expediente para hacer constar que, en atención a la solicitud del promotor de *levantamiento *modificación de las medidas cautelares vigentes, *y oídas las partes personadas, HE DECIDIDO *

11. FINALIZACIÓN PREMATURA DEL PROCEDIMIENTO

a) Por haberse planteado oposición en sede judicial

*Don *, en su cualidad de **(promotor, coheredero, acreedor, legatario, etc.)*, *se ha personado ante mí y me ha acreditado, mediante el correspondiente testimonio judicial, que se ha planteado un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectar a éste.*

En consecuencia, y a reservas del resultado de tal procedimiento judicial, doy por concluido en este punto el expediente, quedando protocolizados con él todos los documentos citados en el requerimiento inicial y en las diligencias que preceden. Quedan pues en suspenso los plazos y los efectos del expediente en el estado en que se encuentran en este momento.

Así se lo haga saber a todas las demás partes interesadas, mediante las oportunas notificaciones.

b) Porque se acredite al notario la existencia de un expediente con el mismo objeto y de fecha anterior, ante otro notario

*Don *, en su cualidad de ** (promotor, coheredero, acreedor, legatario, etc.)*, se ha personado ante mí, manifestando que, con anterioridad a la fecha del presente expediente, estaba ya iniciado otro con el mismo objeto, ante el notario de *. Me lo acredita por exhibición de *copia autorizada del mismo, de fecha *, que dejo unida a esta matriz.*

En consecuencia, doy por concluido en este punto el expediente, quedando protocolizados con él todos los documentos citados en el requerimiento inicial y en las diligencias que preceden.

Así se lo haga saber a todas las demás partes interesadas, mediante las oportunas notificaciones.

c) Por aceptación de la herencia sin acogerse al beneficio

El promotor de este expediente solicita la finalización del mismo, sin resultado y sin concluir el inventario, por cuanto que ha ***aceptado la herencia de manera pura y simple***

d) Por repudiación de la herencia

El promotor de este expediente solicita la finalización del mismo, sin resultado y sin concluir el inventario, por cuanto que ha decidido ***repudiar la herencia***

En ambos casos, el notario cerrará el acta

12. DECLARACIONES FINALES DEL INVENTARIO

a) Comparecencias previas:

*Yo el notario autorizante, hago constar que *–además de las que constan expresamente en el requerimiento inicial o en la correspondiente diligencia– no se han producido comparecencias ni he recibido documentos relativos al inventario, por parte de terceros interesados.*

b) El promotor no ha descubierto nuevos bienes o deudas, distintas de las que relacionó en un primer momento

*El promotor, dentro del plazo legal, reitera sus declaraciones en este expediente sobre la inexistencia de otros bienes y otras deudas de la herencia, distintas a la que ha dejado inventariadas. *En relación con las manifestaciones en sentido contrario hechas por*

*terceros interesados, hace constar que las rechaza –y por tanto no incluye en este expediente *los bienes *las deudas por ellos propuestas– *por los siguientes motivos **

c) El promotor no hizo una relación inicial o ha podido averiguar después de ella otros bienes o deudas

El promotor, dentro del plazo legal, manifiesta que, por lo que ha podido conocer desde que lo inició, incluida la información recibida de terceros interesados, el inventario de los bienes de la herencia a que se refiere el presente expediente es:

— Si se corresponde con el inventario inicial:

**el que ya hizo constar en el momento inicial; *sin más salvedades o precisiones añadidas que las siguientes: *. Lo da pues por concluido.*

— Si NO se corresponde con el inventario inicial:

**el siguiente (que debe entenderse que corrige y en lo necesario sustituye sus declaraciones o suposiciones iniciales): **

Sigue la redacción del inventario, en alguna de las formas indicadas en el apartado 7

13. EJERCICIO DEL DERECHO A DELIBERAR

a) Aceptando la herencia

El promotor de este expediente, dentro del plazo legal (*máximo treinta días)*, expresa su decisión definitiva de* ***aceptar la herencia a beneficio de inventario****, remitiéndose al que aquí ha dejado hecho.*

b) Repudiando la herencia

El promotor de este expediente, dentro del plazo legal (*máximo treinta días), *y a la vista del inventario de la misma, expresa su decisión definitiva de* ***repudiar la herencia****.*

ADVERTENCIA NOTARIAL: Yo el notario le informo de que el inventario aprovechará a los sustitutos y a los herederos ab intestato, respecto de los cuales el plazo legal de treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el artículo 1.019 del

Código Civil se contarán desde el siguiente al en que tuvieren conocimiento de esta repudiación.

c) Caso de no comparecer en plazo el promotor, después de haberse reservado el derecho a deliberar

El promotor de este expediente, que se reservó el derecho a deliberar, no ha comparecido en el plazo legal de treinta días desde que finalizó el inventario, y no ha expresado pues su decisión sobre el modo de aceptar; por lo que, conforme a lo previsto en el artículo 1019 del Código Civil, se entiende que ha aceptado la herencia de modo puro y simple, esto es,* ***SIN BENEFICIO* *de inventario.*

14. ACUERDO CON LOS ACREEDORES Y LEGATARIOS PARA VENDER LOS BIENES DE LA HERENCIA

Los acreedores y los legatarios autorizan a los administradores de la herencia para que, si lo consideran necesario, vendan los bienes de la misma, para así obtener dinero con el que pagar las deudas y legados que han quedado inventariados, siempre bajo su responsabilidad y sin perjuicio de su deber de rendir cuentas, en los términos previstos en el Código Civil. Y ateniéndose además en la venta a las siguientes reglas:

— Respeto de los valores negociables que coticen en un mercado secundario, a través de la enajenación en dicho mercado.

— Respecto de los demás bienes muebles, con libertad de elegir comprador y señalar condiciones a la venta, si bien el pago será siempre de contado.

— Las mismas normas regirán para los bienes inmuebles, si bien el precio no podrá ser inferior al de la tasación hecha por cualquier entidad homologada ante el Banco de España. Además, los administradores deberán comunicar los términos acordados a todos los acreedores y legatarios identificados en el inventario precedente a los que aún no se haya pagado, mediante notificación fehaciente, a los domicilios señalados en este acta, concediéndoles un plazo de treinta días durante el cual podrán adquirir por el tanto los bienes ofrecidos en venta, para sí o para persona que ellos designen. En caso de que concurran varias propuestas de tanteo, se celebrará

una licitación entre los interesados, en el lugar, día y hora que los administradores señalen.

No obstante lo dicho, cualquiera de dichos acreedores y legatarios podrá exigir que la venta se haga en subasta pública notarial, corriendo el peticionario con los gastos de la misma. Si se celebrara tal subasta y quedara desierta, no se repetirá, sino que los bienes se venderán en la forma indicada en el párrafo anterior.

— Por excepción, en el caso de que el crédito hereditario sea a favor de una entidad bancaria acreditada en España y esté garantizado con hipoteca sobre bienes de la herencia, los administradores podrán dar dichos bienes al acreedor –o a un tercero señalado por él–, siempre que sea en pago de la totalidad de la deuda.

15. CIERRE DEL ACTA

Yo el notario doy por concluido el presente expediente, quedando a salvo en todo caso los derechos de terceros.

*Hago constar que se han cumplido los requisitos, trámites y formalidades legales. *No obstante, **

El notario puede hacer constar los incumplimientos que haya podido observar, respecto de las previsiones legales (especialmente de aquéllas que son diferentes en el CC y la LN), siempre que a su juicio no sean obstativos para la finalización del expediente; añadiendo si lo considera oportuno la mención expresa de las advertencias hechas al promotor o a terceros.

*Declaro que la herencia de don * ha sido* ***ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO*** *por don **.

De manera que el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma; conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto; y no se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

ADVERTENCIAS NOTARIALES: yo el notario advierto a los interesados que, desde este momento: a) cesan las medidas provisionales adoptadas durante el curso del expediente; b) la herencia queda en administración. hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios ,*habiendo declarado el promotor que las

facultades del administrador designado en este expediente continúan hasta el completo pago de las deudas y la entrega de los legados; c) los legatarios pueden demandar el pago –o la entrega- de su legado (aunque no antes de que hayan sido pagadas las deudas conocidas); d) los acreedores pueden demandar el pago de sus créditos (por el orden y con las cautelas que señala el Código Civil), y e), que perderá el beneficio de inventario el heredero que, antes de que estén pagadas todas las deudas y entregados todos los legados, enajene bienes de la herencia en forma distinta a la prevista en las leyes.

Notificación al administrador que cesa en su cargo

*DILIGENCIA que pongo yo el notario autorizante para hacer constar que he notificado la finalización del expediente a don *, el administrador que designé en base al artículo 1020 del Código Civil (mediante correo electrónico con mi firma electrónica reconocida y con acuse de recibo), advirtiéndole de que, en adelante, debe abstenerse de realizar actos de administración y representación de los bienes.*

Sólo procederá esta notificación en el caso de que el administrador a que se refiere no sea el propio promotor, y, sobre todo, en el caso de que el promotor no haya decidido o acordado con sus coherederos que la administración establecida durante el expediente continúe hasta el completo pago de deudas y legados

ANEXO II

ACEPTACIÓN DE HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO (como parte de una manifestación o partición ordinaria de la herencia)

ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE

**El heredero *Cada uno de los herederos ACEPTA*N la herencia de don * doña *, y lo hace*n de manera pura y simple.*

*ADVERTENCIA NOTARIAL: Le*s advierto que la aceptación de la herencia no es revocable y no podrá ser impugnada sino cuando*

*adoleciese de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido. Le*s informo de que, en consecuencia, tal aceptación no podrá ser revocada en caso de que aparezcan nuevos bienes o deudas hasta ahora desconocidos. Le*s informo también de que existe la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario y del régimen legal de tal modo de recibirla.*

ACEPTACIÓN A BENEFICIO DE INVENTARIO

La utilización de esta forma simplificada de aceptación de la herencia a beneficio de inventario presupone que no hay solicitud de adopción de medidas cautelares, desacuerdo en la designación del administrador o incidentes respecto del inventario o sobre la valoración de bienes y deudas. En otro caso, tales cuestiones pueden ser motivo suficiente para acudir de manera obligada al expediente de jurisdicción voluntaria ante notario

a) Aplicación automática del beneficio de inventario

— Fundación

*El compareciente, en la representación que ostenta de la Fundación * declara que acepta la herencia y que, conforme a la ley, la recibe a beneficio de inventario. *Hace constar que la institución de heredero no está hecha bajo condición o imponiendo un gravamen a la fundación, por lo que no ha sido necesario solicitar previa autorización del Protectorado.*

Esto último, en el caso de que la fundación gestione un establecimiento público

Yo el notario le advierto de que la limitación de responsabilidad por las deudas de la herencia requiere de la formación del inventario, en los términos previstos en la ley, y que la fundación queda igualmente sujeto a las limitaciones dispositivas establecidas en el Código Civil y a la posible pérdida del beneficio en caso de no respetarlas; en particular, que los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil.

b) Innecesariedad de formar inventario

— Heredero que toma judicialmente la herencia de otro que la ha tenido en su poder por más de un año

**El *Los heredero*s compareciente*s manifiesta*n que ya tiene*n aceptada la herencia y que ya gozan de la limitación de responsabilidad por las deudas sociales que resulta del artículo 1021 del Código Civil. A tal efecto, hace*n constar que sabe*n que los bienes que se adicionan a la herencia en esta escritura quedan sujetos a tal responsabilidad, y que la enajenación de los mismos debe hacerse en la forma legal, de la que le*s informo.*

En este caso, la escritura será de adición de herencia, puesto que la manifestación original de la misma ya se habrá hecho en el procedimiento judicial en el que los herederos reciben los bienes.

c) Aceptación

**El heredero *Cada uno de los herederos ACEPTA*N la herencia de don * doña *, y lo hace*n a beneficio de inventario.*

*Hace*n constar que no ha*n aceptado previamente dicha herencia de forma pura y simple, ni expresa ni tácitamente ni por imposición legal.*

Heredero que toma una herencia ya inventariada:

**El *Los heredero*s compareciente*s manifiesta*n que han recibido *su parte en la herencia ya inventariada por el albacea, contador-partidor designado por el testador, y que éste le*s ha manifestado que ya ha pagado todas las deudas conocidas y ha entregado todos los legados. Por su parte, manifiesta*n que no conocen otros bienes distintos de los que ahora reciben. Y la aceptan a beneficio de inventario. Hace*n constar que no ha*n aceptado previamente dicha herencia de forma pura y simple, ni expresa ni tácitamente ni por imposición legal.*

d) Advertencias

ADVERTENCIAS NOTARIALES:

*— *Le *les Informo de que tal aceptación a beneficio de inventario supone que:*

El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma, y que no se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia, de modo que conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, la herencia queda bajo la administración.

Los gastos del inventario y las demás actuaciones a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia.

*— Y le*s advierto que son causas legales de pérdida del beneficio por el heredero, de modo que la herencia se entenderá aceptada de forma pura y simple:*

Si por su culpa o negligencia no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas o, a sabiendas, dejare de incluir en él alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.

Si, antes de completar el pago de las deudas y legados, enajenase bienes de la herencia sin las formalidades ordenadas por el Código Civil, o si, tras reservarse el derecho a deliberar y antes de aceptar a beneficio de inventario, el heredero realizara los actos a los que el Código Civil asigna el efecto de una aceptación pura y simple.

*— Le*s advierto además de que la aceptación de la herencia no es revocable y no podrá ser impugnada sino cuando adoleciese de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido. Le*s informo de que, en consecuencia, tal aceptación no podrá ser revocada en caso de que aparezcan nuevos bienes o deudas hasta ahora desconocidos.*

e) Cumplimiento de los plazos legales

**El *Los heredero*s compareciente*s hace*n constar que realiza*n la declaración de acogerse al beneficio de inventario dentro del plazo legal*

Si se prefiere, esta sucinta declaración puede sustituirse por la más apropiada al caso concreto, haciendo referencia a los requisitos del CC. A saber:

— Heredero que SI TIENE en su poder la herencia o parte de ella (art. 1014 CC)

**El heredero compareciente *Cada uno de los herederos comparecientes manifiesta*n que *tuvo *tuvieron conocimiento del fallecimiento de su causante y de su condición de heredero*s el día ** (*debe ser un día no anterior en más de veintinueve a la fecha de la

escritura de herencia), *y que desde entonces tiene*n en su poder, como heredero*s, al menos una parte de los bienes de la herencia de su antes mencionado causante;*

El plazo para hacer la declaración –de aceptar o de reservarse el derecho a deliberar– es de treinta días y se cuenta desde que el heredero conoció la muerte de su causante y supo con certeza que era heredero

**El heredero compareciente *Cada uno de los herederos comparecientes manifiesta*n que, aunque *tuvo *tuvieron un conocimiento anterior del fallecimiento de su causante y de su condición de heredero*s, no ha sido sino desde el día ** (*debe ser un día no anterior en más de veintinueve a la fecha del acta), *que tiene*n en su poder, como heredero*s, al menos una parte de los bienes de la herencia de su antes mencionado causante;*

— Heredero que NO TIENE en su poder la herencia o parte de ella y HA SIDO REQUERIDO para que, en plazo de treinta días, acepte o repudie (art. 1005 CC)

El plazo para hacer la declaración –de aceptar o de reservarse el derecho a deliberar– es de treinta días desde que expire el plazo que se le día para aceptar o repudiar (que a su vez también es de treinta días) o desde el día en que hubiere aceptado voluntariamente

**El heredero compareciente *Cada uno de los herederos comparecientes manifiesta*n: a) que no ha*n tenido en ningún momento en su poder, como heredero*s, los bienes de la herencia, *que han estado siempre en manos de su *madre *padre, que es el cónyuge viudo *pues, aunque ha*n ocupado alguno de ellos, sólo lo hacía*n como *arrendatario*s *precarista*s; y b) que el día ** (* debe ser un día no anterior en más de cincuenta y nueve días al momento en que se le notificó tal demanda) *fue*ron requerido*s para que expresara*n su decisión de aceptar o rechazar la herencia, como ahora hace.*

— El heredero NO TIENE en su poder la herencia o parte de ella y NO HA SIDO REQUERIDO para que acepte o repudie (art. 1016 CC)

En este supuesto, no hay plazo para hacer la declaración –de aceptar o de reservarse el derecho a deliberar– (El plazo de prescripción de la acción de reclamar la herencia de un tercero tampoco juega, pues se trata de una cuestión ajena al expediente y que no lo impide)

**El heredero compareciente *Cada uno de los herederos comparecientes manifiesta*n: a) que no ha*n tenido en ningún momento en su poder, como heredero*s, los bienes de la herencia, *que*

*ha*n estado siempre en manos de su *madre *padre, que es el cónyuge viudo *pues, aunque ha*n ocupado alguno de ellos, sólo lo hacía*n como *arrendatario*s *precarista*s; b) que nunca ha*n sido requerido*s para que expresara*n su decisión de aceptar o rechazar la herencia; y, por último, c) que no ha prescrito su derecho hereditario.*

Inventario:

*Bienes: *El *Los heredero*s compareciente*s hace*n constar que el inventario que ha*n dejado hecho en los expositivos anteriores de esta escritura incluye todos los bienes que le*s son conocidos hasta ahora.*

*Se remite*n a la información registral relativa a los inmuebles que se ha hecho constar tras su respectiva descripción.*

Tal información registral es un dato obligado, según la LN, por lo que no cabe prescindir de ella, aunque no se realice partición de la herencia

**En relación con el patrimonio empresarial, bienes y deudas, de su causante, dice*n que es el que consta en sus libros de comercio, debidamente diligenciados, a los que se remiten y ponen a disposición de acreedores y legatarios.*

*Declara*n bajo su responsabilidad que no conoce*n la existencia de otros bienes, y que no ha*n dispuesto ni gastado o consumido bienes o dinero de su causante.*

Podrían incluirse en este punto, en sentido contrario al texto, aquellos bienes de los que sí haya dispuesto el heredero, bien porque tenga derecho a consumirlos, como alimentos, bien porque los haya enajenado en los términos permitidos por el CC, indicando en su caso si han sido sustituidos por otros (que deberían inventariarse pues a su vez)

*Si bien, manifiesta*n que no ha*n mencionado en el inventario los bienes que las leyes declaran inembargables y que, por el contrario, deja*n expresamente incluidos en él todos los bienes que estén titulados a favor de su causante en algún registro público o en alguna entidad bancaria o financiera debidamente registrada, bienes que reconoce*n como propios de su causante (salvo prueba en contrario), y por tanto los da*n por inventariados, aun cuando, por no tener conocimiento de ellos en este momento, no los haya*n identificado individualmente.*

*Hace*n constar que no me ha*n solicitado a mí el notario una valoración pericial de los bienes inventariados*

*Documentación: Se remite*n a las escrituras, documentos y papeles de importancia que ha*n podido encontrar, relativos a los bienes inventariados, así como a los certificados bancarios *y documentos emitidos por la sociedad depositaria de los valores cotizables, y que ha*n dejado relacionados también en la parte expositiva de esta escritura y, en su caso, unidos a esta matriz.*

Declara que tales documentos constituyen la totalidad de las escrituras y papeles de importancia que ha podido encontrar, relativos a los bienes inventariados.

INFORMACIÓN REGISTRAL: Diligencia que pongo yo, el notario autorizante, para hacer constar:

**que dejo unida a esta matriz la información registral (consistente en nota simple informativa) que me ha*n entregado *el *los heredero*s, *el legatario *el acreedor personado*s en este expediente, relativa a los distintos bienes inmuebles inscritos por él identificados.*

**que, ante el silencio al respecto de los interesados y conforme a lo previsto en el artículo 68 de la Ley del Notariado, por medios telemáticos, he solicitado y obtenido de los Registros de la Propiedad correspondientes certificación de dominio y cargas relativa a los distintos bienes inmuebles inscritos identificados por las distintas partes personadas en este expediente.*

**que, previa solicitud al respecto de los interesados, por medios telemáticos, he solicitado y obtenido de los Registros de la Propiedad correspondientes la información registral relativa (nota simple informativa, según la preferencia expresada por los peticionarios) a los distintos bienes inmuebles inscritos identificados por las distintas partes personadas en este expediente.*

El notario debe procurar que los documentos relativos a bienes y deudas sean los que señala la LN (*Véase el modelo general). No obstante, ésta que el promotor aporte o el notario obtenga por sí certificación de dominio y cargas (y no simple información registral), pero tampoco sanciona su omisión con la pérdida del beneficio. Si el promotor no dice nada, creo que el notario debe cumplir la previsión legal, pero también creo que debe seguir preferentemente las indicaciones que le dé el promotor y aceptar que la escritura se otorgue sólo con nota simple registral.

— No hay acreedores personados en la herencia ni legados cuya entrega deba quedar en suspenso, y los herederos no tienen motivo razonable para suponer su existencia

Legados:

**el testamento de su causante, antes reseñado, no ordena legados*

**en el testamento de su causante, antes reseñado, constan los siguientes: *. Manifiesta*n *el *los heredero*s que todos esos legados han sido entregados con anterioridad a este acto *o su entrega se ha realizado mediante esta misma escritura.*

*Deudas: *El *Los heredero*s compareciente*s hace*n constar que ningún acreedor le*s ha formulado reclamación alguna y que no tiene*n motivos para suponer su existencia. No obstante, se compromete*n a adoptar las precauciones legales, en el caso de sobrevenir deudas ahora ignoradas.*

— Hay acreedores de la herencia o legados cuya entrega deba quedar en suspenso (hasta que se pague a los acreedores)

*Legados: manifiesta*n *el *los heredero*s que, en el testamento de su causante, antes reseñado, constan los siguientes: *.*

*De ellos, no se han entregado los siguientes: **

*Deudas: *El *Los heredero*s compareciente*s se remite*n a las deudas de la herencia que ha*n hecho constar en la parte expositiva de esta escritura. Se remite*n igualmente a los datos identificativos y a los documentos relativos a las mismas que han quedado reseñados y en su caso protocolizados en esta escritura.*

En el inventario deberá hacerse relación circunstanciada de cada deudas y obligaciones, expresando –por lo que sepa de ellas– los datos sobre su origen y cuantía, los plazos para su cumplimiento, así como de la situación de estar alguna vencida y no satisfecha.

Puede y debe inventariarse deudas de las que los herederos tengan algún conocimiento o motivo para pensar que existen y estén referidas a persona concreta o determinable, aunque desconozcan su cuantía y la identidad exacta del acreedor. También debe hacerse mención en el inventario de las noticias que los herederos tengan de reclamaciones o gestiones de los acreedores, no sólo de reclamaciones judiciales, sino también privadas.

*Declara*n que ningún otro acreedor le*s ha formulado reclamación alguna y que no tiene*n motivos para suponer su existencia. No obstante, se compromete*n a adoptar las precauciones legales, en el caso de sobrevenir deudas ahora ignoradas.*

f) Citaciones previas al otorgamiento de la escritura: (Sólo para el caso de que haya legatarios o los herederos conozcan de la existencia de acreedores –los posibles legatarios serán conocidos en todo caso, porque constarán en el testamento–)

**El *Los heredero*s compareciente*s hace*n constar que ha*n citado a todos los acreedores y legatarios de la herencia de los que tenía*n conocimiento:*

**mediante burofax*

**mediante notificación personal, habiéndoles entregado los destinatarios el oportuno recibo, que ahora me exhibe*n y dejo unidos a esta matriz*

**mediante acta notarial de notificación, *formalizada ante mí, el día *, a cuyo contenido se remite*n. *Respecto de los acreedores y legatarios de identidad o domicilio desconocido, la citación se ha hecho mediante anuncios publicados por mí el notario autorizante, con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Notariado, según consta en la repetida acta notarial.*

Respecto de los distintos medios de notificación, véanse las notas explicativas del modelo general

— Han comparecido los acreedores y los legatarios

*De los citados, han comparecido en este acto los mencionados como tales en la comparecencia e intervención de esta escritura. Y en este momento, manifiestan tales acreedores *y legatarios que quedan enterados: a) de que la aceptación de la herencia se ha hecho a beneficio de inventario y que don * * los herederos, conjuntamente se ha*n constituido en administrador*es de los bienes; y b) del contenido de tal inventario que ha*n formado *el *los heredero*s; c) reservándose los derechos que para tal caso les atribuye la ley. *Y haciendo además en este momento las siguientes manifestaciones relativas al caso: **

— Han sido citados, pero no han comparecido los acreedores y los legatarios

*Ninguno de los acreedores *y legatarios citados han comparecido en este acto.*

— Acuerdo con los acreedores y legatarios para vender los bienes de la herencia

Los acreedores y los legatarios autorizan a los administradores de la herencia para que, si lo consideran necesario, vendan los bienes de la misma, para así obtener dinero con el que pagar las deudas y legados que han quedado inventariados, siempre bajo su responsabilidad y sin perjuicio de su deber de rendir cuentas, en los términos previstos en el Código Civil. Y ateniéndose además en la venta a las siguientes reglas:

— Respeto de los valores negociables que coticen en un mercado secundario, a través de la enajenación en dicho mercado.

— Respecto de los demás bienes muebles, con libertad de elegir comprador y señalar condiciones a la venta, si bien el pago será siempre de contado.

— Las mismas normas regirán para los bienes inmuebles, si bien el precio no podrá ser inferior al de la tasación hecha por cualquier entidad homologada ante el Banco de España. Además, los administradores deberán comunicar los términos acordados a todos los acreedores y legatarios identificados en el inventario precedente a los que aún no se haya pagado, mediante notificación fehaciente, a los domicilios señalados en esta escritura, concediéndoles un plazo de treinta días durante el cual podrán adquirir por el tanto los bienes ofrecidos en venta, para sí o para persona que ellos designen. En caso de que concurran varias propuestas de tanteo, se celebrará una licitación entre los interesados, en el lugar, día y hora que los administradores señalen.

No obstante lo dicho, cualquiera de dichos acreedores y legatarios podrá exigir que la venta se haga en subasta pública notarial, corriendo el peticionario con los gastos de la misma. Si se celebrara tal subasta y quedara desierta, no se repetirá, sino que los bienes se venderán en la forma indicada en el párrafo anterior.

— Por excepción, en el caso de que el crédito hereditario sea a favor de una entidad bancaria acreditada en España y esté garantizado con hipoteca sobre bienes de la herencia, los administradores podrán dar dichos bienes al acreedor –o a un tercero señalado por él–, siempre que sea en pago de la totalidad de la deuda.

g) Declaraciones finales notariales relativas a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario

*1. Yo el notario, sin perjuicio del derecho de tercero, DECLARO que la herencia de don * y doña * ha*n sido* ***ACEPTADA*S A BENEFICIO DE INVENTARIO*** *por don * y don *.*

De manera que *el heredero único *los herederos no queda*n obligado*s a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma; conserva*n contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto; y no se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

**ADVERTENCIAS NOTARIALES* (Sólo para el caso de existir deudas conocidas o legados pendientes de pago o entrega)*: yo el notario advierto a los interesados que, desde este momento: a) la herencia queda en administración. hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios; b) los legatarios pueden demandar el pago –o la entrega– de su legado (aunque no antes de que hayan sido pagadas las deudas conocidas); c) los acreedores pueden demandar el pago de sus créditos (por el orden y con las cautelas que señala el Código Civil), y d), que perderá el beneficio de inventario el heredero que, antes de que estén pagadas todas las deudas y entregados todos los legados, enajene bienes de la herencia en forma distinta a la prevista en las leyes.*

2. ADMINISTRACIÓN DE LA HERENCIA: En relación con la administración de los bienes de la herencia,

**el heredero hace saber que se constituye en administrador de la herencia, hasta el completo pago de las deudas y la entrega de los legados*

**los herederos han acordado por unanimidad designarse recíprocamente administradores de la herencia, hasta el completo pago de las deudas y la entrega de los legados, de manera que baste la firma de *cualquiera *dos cualesquiera de ellos para realizar toda clase de actos de administración y conservación de los bienes.*

Los administradores deberán además realizar todos los actos de custodia y conservación que consideren necesarios u oportunos y deberán comunicar a los herederos (en caso de que no ser ellos los

administradores) cualquier novedad dañosa o situación que ponga los bienes en peligro. Por el contrario, los administradores no tienen facultades para realizar actos de disposición, excepto los necesarios para pagar las deudas y legados, así como para la continuidad del negocio al que estuvieran afectos, en su caso.

*Hace*n constar que conoce*n el régimen legal de administración y en su caso de enajenación de bienes de la herencia, hasta dicho pago o entrega de deudas y legados, del que yo el notario le*s he informado. Y añade*n que se compromete*n a adoptar las precauciones legales, en el caso de sobrevenir deudas ahora ignoradas.*

ADVERTENCIA NOTARIAL: yo el notario advierto a los administradores que, al finalizar sus funciones, deberán rendir cuenta de las mismas, en la forma establecida en el Código Civil, y, en particular, que serán responsables de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya.

*3. AUSENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES: Por mi parte, yo, el notario autorizante, hago constar que, durante la confección de esta escritura y por tanto durante la formación del inventario, y hasta el momento del otorgamiento y por tanto de la manifestación de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, no han comparecido ante mí personas que hayan declarado ser acreedores de la herencia *ni los legatarios que figuran en el testamento, para hacer manifestaciones distintas de las que se han hecho constar en las estipulaciones anteriores, para solicitar medidas cautelares sobre los bienes o la puesta en administración de la herencia, en condiciones diferentes a las que han quedado señaladas, ni, en definitiva, para oponerse a que la aceptación de la herencia se haga a beneficio de inventario.*

ANEXO III

MODELO normalizado de INSTANCIA para solicitar la intervención del notario, en Jurisdicción Voluntaria, para la FORMACIÓN DE INVENTARIO PREVIO a la ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA y al DERECHO A DELIBERAR

Solicitante: (Ha de ser un heredero)

Nombre y apellidos
Nacionalidad
Fecha de nacimiento
Documento de identidad (D.N.I., Permiso de Residencia, Pasaporte)
Número
Fecha de caducidad
Actúa por representación: (marcar lo que proceda)
☐ NO
☐ SÍ
Datos del representante:
Nombre y apellidos:
Documento de identidad (D.N.I., Permiso de Residencia, Pasaporte)
Número
Fecha de caducidad
Reseña del poder (Notario, fecha y número de protocolo)
Letrado que le asiste (en su caso):
Nombre y apellidos
Colegio de Abogados
Número de colegiado
Domicilio y medios válidos de notificación que señala y acepta el compareciente (sea un interesado directo o su representante)
Postal
Electrónico, con acuse de recibo

Datos identificativos del testador y de la sucesión:
Nombre y apellidos
Documento de identidad (D.N.I., Permiso de Residencia, Pasaporte)
Nacionalidad
Lugar de la defunción
Fecha de la defunción
Certificado de defunción ☐
Lugar de última residencia habitual
Elección de la ley nacional para regir la sucesión ☐
Título sucesorio
☐ Testamento
☐ Declaración de herederos

☐ Certificado europeo
☐ Otro
Datos de identificación del título sucesorio:
Fecha y lugar
Autoridad emisora
Datos de registro o protocolo
Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad español y, en su caso, del equivalente extranjero, cuando proceda por la ley aplicable a la sucesión
☐ Registro español
☐ Registro extranjero

Datos identificativos y domicilio de notificaciones de los legatarios

Inventario de bienes (En folios aparte)

Inventario de deudas, con datos de identificación y domicilio de notificaciones de los acreedores conocidos (en folios aparte)

Datos de identificación de los peritos que proponen los solicitantes (en su caso):

Manifiesta el solicitante que no tiene conocimiento de la existencia de un expediente de jurisdicción voluntaria sobre este mismo asunto, ni iniciado ni ya resuelto. Asimismo, que no entra en contradicción con lo que esté siendo tratado o haya sido resuelto en un procedimiento judicial

☐ NO tiene un conocimiento de un expediente o procedimiento tal
☐ SÍ lo tiene (el expediente no se iniciará)

ADVERTENCIAS NOTARIALES:

Generales:

Los solicitantes pueden promover el expediente mediante la simple presentación en la Notaría de esta instancia y sus anexos, sin necesidad de formalizar ni otorgar en ese momento un documento notarial.

Salvo que el modelo contenga alternativas, todos los datos de la instancia son preceptivos.

Cuando el expediente requiera que los solicitantes actúen defendidos por Letrado, los poderes de representación al Letrado pueden otorgarse por comparecencia ante el notario que conoce del expediente.

Los solicitantes pueden actuar representados por otra persona, con poder que, cuando así se indique en la instancia, deberá ser especial para el expediente (las advertencias siguientes se entienden hechas igualmente en su caso al representante).

Se archivará el expediente cuando se acredite que se ha presentado demanda, en cualquier clase de procedimiento judicial sobre el mismo objeto.

Se suspenderá el expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle.

Se archivará el expediente cuando se acredite que el mismo asunto que lo motiva está siendo tratado o está ya resuelto en un expediente de jurisdicción voluntaria anterior.

Los solicitantes con discapacidad tienen derecho a utilizar los apoyos que estimen necesarios, además del apoyo jurídico del propio Notario

Los gastos del procedimiento serán a cargo de los solicitantes.

Particulares:

El inventario incluirá la relación de los bienes del causante, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren, referidos a bienes muebles e inmuebles. De los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, se aportarán certificaciones de dominio y cargas. Del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, se aportará certificación o documento expedido por la entidad depositaria, y si dichos valores estuvieran sometidos a cotización oficial, se incluirá su valoración a fecha determinada.

El pasivo a reflejar en el inventario incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones, así como de los plazos para su cumplimiento.

El plazo para iniciar el expediente es de treinta días desde aquel en que supo ser heredero, en su caso, desde el día a que se refiere

el artículo 1015 CC, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero. Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que expire el plazo que se le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia

La citación de acreedores y legatarios de los que fuese desconocida su identidad o domicilio se hará mediante anuncios que estarán expuestos durante un mes; el inventario deberá comenzar en los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluir dentro de otros sesenta (pudiendo prorrogarse por las causas legales).

El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al notario, dentro de treinta días contados desde el siguiente al en que se hubiere concluido el inventario, si acepta o repudia la herencia. Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

El solicitante tiene derecho a solicitar del Colegio Notarial de Murcia que se le reconozca el derecho de asistencia jurídica gratuita, en los términos previstos en la ley.

NORMATIVA APLICABLE AL BENEFICIO DE INVENTARIO

CÓDIGO CIVIL

Artículo 10

1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen.

La misma ley será aplicable a los bienes muebles.

A los efectos de la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito, éstos se considerarán situados en el lugar de su expedición, salvo que el remitente y el destinatario hayan convenido, expresa o tácitamente, que se consideren situados en el lugar de su destino.

2. Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril, así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos, quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento,

matrícula o registro. Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen.

Artículo 166. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

Artículo 271. El tutor necesita autorización judicial: 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

Artículo 440. La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.

Artículo 744. Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley.

Artículo 748. La institución hecha a favor de un establecimiento público bajo condición o imponiéndole un gravamen sólo será válida si el Gobierno la aprueba.

Artículo 801. Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse.

Artículo 802. La administración de que habla el artículo precedente se confiará al heredero o herederos instituidos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer. Lo mismo se entenderá respecto de los legatarios.

Artículo 803. Si el heredero condicional no tuviere coherederos, o teniéndolos no existiese entre ellos derecho de acrecer, entrará aquél en la administración, dando fianza.

Artículo 820. Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue:

1.º Se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2.º La reducción de éstas se hará a prorrata, sin distinción alguna.

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

Artículo 858. El testador podrá gravar con mandas y legados no sólo a su heredero, sino también a los legatarios.

Éstos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado.

Artículo 859. Cuando el testador grave con un legado a uno de los herederos, él sólo quedará obligado a su cumplimiento.

Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos.

Artículo 863. Será válido el legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero o de un legatario, quienes, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada o su justa estimación, con la limitación establecida en el artículo siguiente.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

Artículo 875. El legado de cosa mueble genérica será válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia.

El legado de cosa inmueble no determinada sólo será válido si la hubiere de su género en la herencia.

La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

Artículo 879. El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad.

El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa.Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Artículo 880. Legada una pensión periódica o cierta cantidad anual, mensual o semanal, el legatario podrá exigir la del primer período, así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.

Artículo 882. Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.

Artículo 887. Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente:

1.º Los legados remuneratorios.
2.º Los legados de cosa cierta y determinada, que forme parte del caudal hereditario.
3.º Los legados que el testador haya declarado preferentes.
4.º Los de alimentos.
5.º Los de educación.
6.º Los demás a prorrata.

Artículo 957. Los derechos y obligaciones del Estado serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1023.

Artículo 965. En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, o se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría [hoy, División judicial de la herencia].

Artículo 991. Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia.

Artículo 992. Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

La aceptación de la que se deje a los pobres corresponderá a las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto a las que señala el artículo 749, y se entenderá aceptada a beneficio de inventario.

Artículo 995. Cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal.

Artículo 996. Si la sentencia de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario.

Artículo 997. La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido.

Artículo 998. La herencia podrá ser aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario.

Artículo 999. La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita.

Expresa es la que se hace en documento público o privado.

Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero

Artículo 1000. Entiéndese aceptada la herencia:

Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.

Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos.

Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

Artículo 1001. Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código.

Artículo 1002. Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia pierden la facultad de renunciarla y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.

Artículo 1003. Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.

Artículo 1005. Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de in-

ventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.

Artículo 1007. Cuando fueren varios los herederos llamados a la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros repudiarla. De igual libertad gozará cada uno de los herederos para aceptarla pura y simplemente o a beneficio de inventario.

Artículo 1008. La repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público.

Artículo 1009. El que es llamado a una misma herencia por testamento y ab intestato y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Repudiándola como heredero ab intestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste.

Artículo 1011. La declaración de hacer uso del beneficio de inventario deberá hacerse ante Notario.

Artículo 1012. Si el heredero a que se refiere el artículo anterior se hallare en país extranjero, podrá hacer dicha declaración ante el Agente diplomático o consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento.

Artículo 1013. La declaración a que se refieren los artículos anteriores no producirá efecto alguno si no va precedida o seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes.

Artículo 1014. El heredero que tenga en su poder la herencia o parte de ella y quiera utilizar el beneficio de inventario o el derecho de deliberar, deberá comunicarlo ante Notario y pedir en el plazo de treinta días a contar desde aquél en que supiere ser tal heredero la formación de inventario notarial con citación a los acreedores y legatarios para que acudan a presenciarlo si les conviniere.

Artículo 1015. Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, el plazo expresado en el artículo anterior se contará desde el día siguiente a aquel en que expire el plazo que se le hubiese fijado para aceptar o repudiar la herencia conforme al artículo 1005, o desde el día en que la hubiese aceptado o hubiera gestionado como heredero.

Artículo 1016. Fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.

Artículo 1017. El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes a la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta. Si por hallarse los bienes a larga distancia o ser muy cuantiosos, o por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Notario prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año.

Artículo 1018. Si por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente.

Artículo 1019. El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Notario, dentro de treinta días contados desde el siguiente a aquel en que se hubiese concluido el inventario, si repudia o acepta la herencia y si hace uso o no del beneficio de inventario. Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

Artículo 1020. Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a instancia de parte, el Notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial.

Artículo 1021.El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.

Artículo 1022. El inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia aprovechará a los sustitutos y a los herederos ab intestato, respecto de los cuales los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el artículo 1.019 se contarán desde el siguiente al en que tuvieren conocimiento de la repudiación.

Artículo 1023. El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.
2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.
3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

Artículo 1024. El heredero perderá el beneficio de inventario:

1.º Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia.
2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.
No obstante, podrá disponer de valores negociables que coticen en un mercado secundario a través de la enajenación en dicho mercado, y de los demás bienes mediante su venta en subasta pública notarial previamente notificada a todos los interesados, especificando en ambos casos la aplicación que se dará al precio obtenido.

Artículo 1025. Durante la formación del inventario y el término

para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.

Artículo 1026. Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.

Artículo 1027. El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores.

Artículo 1028. Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho.

Artículo 1029. Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

Artículo 1030. Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

Artículo 1031. No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya.

Artículo 1032. Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia.

Si la herencia hubiese sido administrada por otra persona, ésta rendirá al heredero la cuenta de su administración, bajo la responsabilidad que impone el artículo anterior.

Artículo 1033. Los gastos del inventario y las demás actuaciones a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellos gastos imputables al heredero que hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe.

Lo mismo se entenderá respecto de los gastos causados para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia.

Artículo 1034. Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero.

Artículo 1084. Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

Artículo 1192. Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor.

Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario.

CAPÍTULO II DE LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS

Artículo 1921. Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen.

En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal.

Artículo 1922. Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos.

2.º Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

3.º Los garantizados con fianza de efectos o valores, constituida en establecimiento público o mercantil, sobre la fianza y por el valor de los efectos de la misma.

4.º Los créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gastos y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta.

5.º Los de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.

6.º Los créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.

7.º Los créditos por alquileres y rentas de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma.

Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días, contados desde que ocurrió la sustracción.

Artículo 1923. Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos a favor del Estado, sobre los bienes de los con-

tribuyentes, por el importe de la última anualidad, vencida y no pagada, de los impuestos que graviten sobre ellos.

2.º Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.

3.º Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.

4.º Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.

5.º Los refaccionarios no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anteriores.

Artículo 1924. Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia:

1.º Los créditos a favor de la provincia o del municipio, por los impuestos de la última anualidad vencida y no pagada, no comprendidos en el artículo 1.923, número 1.º

2.º Los devengados:

A) (Derogada)

B) Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su cónyuge y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.

C) Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento.

D) Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondientes al último año.

E) Por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo período de tiempo que señala el apartado anterior siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente.

F) Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia, cons-

tituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo período de tiempo.

G) (Derogada)

3.º Los créditos que sin privilegio especial consten:

A) En escritura pública.

B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.

Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

Artículo 1925. No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquier otro título, no comprendidos en los artículos anteriores.

CAPÍTULO III DE LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS

Artículo 1926. Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.

Si concurren dos o más respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:

1.ª El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

2.ª En el caso de fianza, si estuviere ésta legítimamente constituida a favor de más de un acreedor, la prelación entre ellos se determinará por el orden de fechas de la prestación de la garantía.

3.ª Los créditos por anticipos de semillas, gastos de cultivo y recolección serán preferidos a los de alquileres y rentas sobre los frutos de la cosecha para que aquéllos sirvieron.

4.ª En los demás casos, el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos.

Artículo 1927. Los créditos que gozan de preferencia con rela-

ción a determinados bienes inmuebles o derechos reales, excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.

Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán, en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes:

1.ª Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.923 a los comprendidos en los demás números del mismo.

2.ª Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3.º del citado artículo 1.923 y los comprendidos en el número 4.º del mismo gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.

3.ª Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el número 5.º del artículo 1.923 gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

Artículo 1928. El remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, se acumulará a los bienes libres que aquél tuviere para el pago de los demás créditos.

Los que, gozando de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.

Artículo 1929. Los créditos que no gocen de preferencia con relación a determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada o cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia, se satisfarán conforme a las reglas siguientes:

1.ª Por el orden establecido en el artículo 1.924.

2.ª Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, a prorrata.

3.ª Los créditos comunes a que se refiere el artículo 1.925, sin consideración a sus fechas.

LEY CONCURSAL

Artículo 1. Presupuesto subjetivo.

1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.

2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.

Artículo 2. Presupuesto objetivo.

1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.

2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Artículo 3. Legitimación.

1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores…

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento.

4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Artículo 6. Solicitud del deudor.

1. En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2. A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes:

2.º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.

...

Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

Artículo 40. Facultades patrimoniales del deudor.

5. En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación.

Artículo 47. Derecho a alimentos. 1. El concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad.

Artículo 176 bis. Especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa.

2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5.º Los demás créditos contra la masa.

3. Una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

...

4. También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el

ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Artículo 182. Fallecimiento del concursado.

1. La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto.

2. La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos.

3. La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso.

LEY HIPOTECARIA

Artículo 50. El legatario que obtuviere anotación preventiva, será preferido a los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario y a cualquiera otro que, con posterioridad a dicha anotación, adquiera algún derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes.

Artículo 51. La anotación preventiva dará preferencia, en cuanto al importe de los bienes anotados, a los legatarios que hayan hecho uso de su derecho dentro de los ciento ochenta días señalados en el artículo cuarenta y ocho, sobre los que no lo hicieren del suyo en el mismo término.

Los que dentro de éste lo hayan realizado, no tendrán preferencia entre sí, sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie o a cualquiera otro, respecto de los demás, con arreglo a la legislación civil, tanto en ese caso como en el de no haber pedido su anotación.

LEY DEL NOTARIADO

Artículo 50. 1. En el mes de enero de cada año se interesará por parte del Decano de cada Colegio Notarial de los distintos Colegios profesionales, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, que estará a disposición de los Notarios en el Colegio Notarial. Igualmente podrán solicitar formar parte de esa lista aquellos profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente, con independencia de su pertenencia o no a un Colegio Profesional. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Decano del Colegio Notarial, y a partir de ella se efectuarán por el Colegio las siguientes designaciones por orden correlativo conforme sean solicitadas por los Notarios que pertenezcan al mismo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona.

Artículo 67. 1. Será competente para la formación de inventario de los bienes y derechos del causante a los efectos de aceptar o repudiar la herencia por los llamados a ella, el Notario con residencia en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, con independencia de su naturaleza de conformidad con la ley aplicable, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.

2. El heredero que solicite la formación de inventario deberá presentar su título de sucesión hereditaria y deberá acreditar al Notario o bien comprobar éste mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad el fallecimiento del otorgante y la existencia de disposiciones testamentarias.

3. Aceptado el requerimiento, el Notario deberá citar a los acreedores y legatarios para que acudan, si les conviniera, a presenciar el inventario. Si se ignorase su identidad o domicilio, el Notario dará publicidad del expediente en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio o residencia habitual del causante, al del lugar del fallecimiento si fuera distinto y donde radiquen la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de comunicación. Los anuncios deberán estar expuestos durante el plazo de un mes.

Artículo 68. 1. El inventario comenzará dentro de los treinta días de la citación de los acreedores y legatarios.

2. El inventario contendrá relación de los bienes del causante, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren, referidos a bienes muebles e inmuebles. De los bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, se aportarán o se obtendrán por el Notario certificaciones de dominio y cargas. Del metálico y valores mobiliarios depositados en entidades financieras, se aportará certificación o documento expedido por la entidad depositaria, y si dichos valores estuvieran sometidos a cotización oficial, se incluirá su valoración a fecha determinada. Si por la naturaleza de los bienes considerasen los interesados necesaria la intervención de peritos para su valoración, los designará el Notario con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

3. El pasivo incluirá relación circunstanciada de las deudas y obligaciones, así como de los plazos para su cumplimiento, solicitándose de los acreedores indicación actualizada de la cuantía de las mismas, así como de la circunstancia de estar alguna vencida y no satisfecha. No recibiéndose por parte de los acreedores respuesta, se incluirá por entero la cuantía de la deuda u obligación.

4. El inventario deberá concluir dentro de los sesenta días a contar desde su comienzo. Si por justa causa se considerase insuficiente el plazo de sesenta días, podrá el Notario prorrogar el mismo

hasta el máximo de un año. Terminado el inventario, se cerrará y protocolizará el acta. Quedarán a salvo en todo caso los derechos de terceros.

Artículo 79. 1. En todos aquellos casos en que, por disposición legal o pacto, proceda el depósito de bienes muebles, valores o efectos mercantiles, podrá realizarse ante Notario mediante acta de depósito, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en su reglamento de ejecución.

2. Si el depósito consistiere en letras de cambio u otros efectos que se pudieran perjudicar por su no presentación en ciertas fechas a la aceptación o al pago, el Notario, a instancias del depositante, podrá proceder a realizar dicha presentación. En caso de serle satisfecho el importe, quedará sustituido el depósito de los efectos por su importe en dinero.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Artículo 605. Bienes absolutamente inembargables. No serán en absoluto embargables:

1.º Los bienes que hayan sido declarados inalienables.

2.º Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal.

3.º Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial.

4.º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal.

Artículo 606. Bienes inembargables del ejecutado. Son también inembargables:

1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su

valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

4.º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.

5.º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España.

Artículo 782. Solicitud de división judicial de la herencia. 3. Los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia.

4. No obstante, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero.

5. Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos.

Artículo 790. Aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto. 2. En los casos a que se refiere este artículo, luego que comparezcan los parientes, o se nombre representante legal a los menores o personas con capacidad modificada judicialmente, se les hará entrega de los bienes y efectos pertenecientes al difunto, cesando la intervención judicial, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, debiendo acudir al Notario a fin de que proceda a la incoación del expediente de declaración de herederos.

Artículo 791. Intervención judicial de la herencia cuando no conste la existencia de testamento ni de parientes llamados a la sucesión legítima.

2. Si, en efecto, resultare haber fallecido sin testar y sin parientes llamados por la ley a la sucesión, mandará el Tribunal, por medio de auto, que se proceda:

1.º A ocupar los libros, papeles y correspondencia del difunto.

2.º A inventariar y depositar los bienes, disponiendo lo que proceda sobre su administración, con arreglo a lo establecido en esta Ley. El Tribunal podrá nombrar a una persona, con cargo al caudal hereditario, que efectúe y garantice el inventario y su depósito.

Artículo 792. Intervención judicial de la herencia durante la tramitación de la declaración de herederos o de la división judicial de la herencia. Intervención a instancia de los acreedores de la herencia.

1. Las actuaciones a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior podrán acordarse a instancia de parte en los siguientes casos:

2.º Por cualquier coheredero o legatario de parte alícuota, al tiempo de solicitar la división judicial de la herencia, salvo que la intervención hubiera sido expresamente prohibida por disposición testamentaria.

2. También podrán pedir la intervención del caudal hereditario, con arreglo a lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo.

Artículo 793. Primeras actuaciones y citación de los interesados para la formación de inventario.

1. Acordada la intervención del caudal hereditario en cualquiera de los casos a que se refieren los artículos anteriores ordenará el tribunal, por medio de auto, si fuere necesario y no se hubiera efectuado anteriormente, la adopción de las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, así como de los libros, papeles, correspondencia y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación.

Artículo 794. Formación del inventario.

1. Citados todos los que menciona el artículo anterior, en el día y hora señalados, procederá el Secretario Judicial, con los que concurran, a formar el inventario, el cual contendrá la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren.

2. Si por disposición testamentaria se hubieren establecido reglas

especiales para el inventario de los bienes de la herencia, se formará éste con sujeción a dichas reglas.

LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
DE LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Artículo 6. Tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos.

1. Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados.

2. No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a los autos.

3. Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 19. Decisión del expediente.

3. Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél.

Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales.

4. La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

Artículo 93. Ámbito de aplicación.

1. Se aplicarán las disposiciones de este Capítulo en todos los casos en que, conforme a la ley, la validez de la aceptación o repudiación de la herencia necesite autorización o aprobación judicial.

2. En todo caso, precisarán autorización judicial:

a) Los progenitores que ejerzan la patria potestad para repudiar la herencia o legados en nombre de sus hijos menores de 16 años, o si aun siendo mayores de esa edad, sin llegar a la mayoría, no prestaren su consentimiento.

b) Los tutores, y en su caso, los defensores judiciales, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos.

c) Los acreedores del heredero que hubiere repudiado la herencia a la que hubiere sido llamado en perjuicio de aquellos, para aceptar la herencia en su nombre.

3. Asimismo, será necesaria la aprobación judicial para la eficacia de la repudiación de la herencia realizada por los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir.

Artículo 95. Resolución.

1. El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los llamados a la herencia, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada.

2. En el caso de haberse solicitado autorización o aprobación para aceptar sin beneficio de inventario o repudiar la herencia, si no fuera concedida por el Juez, sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

3. La resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos.

LEY DE PATRIMONIO DEL ESTADO

Artículo 24. La aceptación de herencias, legados y donaciones a favor del Estado, aunque se señale como beneficiario a algún otro órgano de la Administración, corresponde al Ministro de Economía y Hacienda.

Quedan exceptuados los supuestos en los que con arreglo a la Ley del Patrimonio Histórico Español la competencia corresponde al Ministerio de Cultura.

La aceptación de herencias se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.

La sucesión legítima del Estado seguirá rigiéndose por el Código Civil y disposiciones complementarias

LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Artículo 20. Normas especiales para las adquisiciones hereditarias.

1. La aceptación de las herencias, ya hayan sido deferidas testamentariamente o en virtud de ley, se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.

2. Cuando una disposición gratuita se hubiese efectuado a favor de una Administración pública para el cumplimiento de fines o la realización de actividades que sean de la competencia exclusiva de otra, se notificará la existencia de tal disposición a la Administración competente a fin de que sea aceptada, en su caso, por ésta.

3. Si la disposición se hubiese efectuado para la realización de fines de competencia de las Administraciones públicas sin designación precisa del beneficiario, se entenderá efectuada a favor de la Administración competente y, de haber varias con competencias concurrentes, a favor de la de ámbito territorial superior de entre aquéllas a que pudiera corresponder por razón del domicilio del causante.

4. Las disposiciones por causa de muerte de bienes o derechos se entenderán deferidas a favor de la Administración General del Estado en los casos en que el disponente señale como beneficiario a alguno de sus órganos, a los órganos constitucionales del Estado o al propio Estado. En estos supuestos, se respetará la voluntad del disponente, destinando los bienes o derechos a servicios propios de los órganos o instituciones designados como beneficiarios, siempre que esto fuera posible y sin perjuicio de las condiciones o cargas modales a que pudiese estar supeditada la disposición, a las que se aplicarán las previsiones del apartado 4 del artículo siguiente.

5. Las disposiciones por causa de muerte a favor de organismos u órganos estatales que hubiesen desaparecido en la fecha en que se abra la sucesión se entenderán hechas a favor de los que, dentro del ámbito estatal, hubiesen asumido sus funciones, y, en su defecto, a favor de la Administración General del Estado.

6. La sucesión legítima de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas se regirá por la presente Ley, el Código Civil y sus normas complementarias o las normas de Derecho foral o especial que fueran aplicables.

Cuando a falta de otros herederos legítimos con arreglo al Derecho civil común o foral sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión intestada y constatada la ausencia de otros herederos legítimos.

Artículo 20 ter. Efectos de la declaración de heredero abintestato.

1. Realizada la declaración administrativa de heredero abintestato, que supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante y, en su caso, a recabar de la autoridad judicial la entrega de los que se encuentren bajo su custodia.

2. Los bienes y derechos del causante no incluidos en el inventario judicial y que se identifiquen con posterioridad a la declaración de la Administración General del Estado como heredera abintestato y a la adjudicación de los bienes y derechos hereditarios, se incorporarán al caudal hereditario y se adjudicarán por resolución del Director General del Patrimonio del Estado y mediante el procedimiento de investigación regulado en el artículo 47.

No obstante, en los casos en que el derecho de propiedad del causante constase en registros públicos o sistemas de anotaciones en cuenta, o derivase de la titularidad de cuentas bancarias, títulos valores, depósitos, y, en general, en cualesquiera supuestos en los que su derecho sea indubitado por estar asentado en una titularidad formal, la incorporación de los bienes se realizará por acuerdo del Delegado de Economía y Hacienda.

3. A efectos de estas actuaciones de investigación, las autoridades y funcionarios, registros y demás archivos públicos, deberán suministrar gratuitamente la información de que dispongan sobre los bienes y derechos de titularidad del causante. Igual obligación de colaborar y suministrar la información de que dispongan tendrán los órganos de la Administración tributaria.

4. A los efectos previstos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, la declaración administrativa de heredero abintestato en la que se contenga la adjudicación de los bienes hereditarios, o, en su caso, las resoluciones posteriores del Director General del Patrimonio del Estado o del Delegado de Economía y Hacienda acordando la incorporación de bienes y derechos al caudal relicto y su adjudicación, serán título suficiente para inscribir a favor de la Administración en el Registro de la Propiedad los inmuebles o derechos reales que figurasen en las mismas a nombre del causante. Si los inmuebles o derechos reales no estuviesen previamente inscritos, dicho título será bastante para proceder a su inmatriculación.

5. No se derivarán responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la titularidad de los bienes y derechos integrantes del caudal hereditario hasta el momento en que éstos le sean entregados por el órgano judicial, o se tome posesión efectiva de los mismos.

LEY DE PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL

Disposición Adicional Octava. La aceptación de donaciones, herencias o legados a favor del Estado, aunque se señale como beneficiario a algún otro órgano de la Administración, relativos a toda clase de bienes que constituyan expresión o testimonio de la creación humana y tengan un valor cultural, bien sea de carácter histórico, artístico, científico o técnico, corresponderá al Ministerio de Cultura, entendiéndose aceptada la herencia a beneficio de inventario.

REGLAMENTO BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES

Artículo 12. 3. La aceptación de herencias se entenderá a beneficio de inventario.

LEY DE FUNDACIONES

Artículo 22. Herencias y donaciones.

1. La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.

Los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil.

2. La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley.

REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

Artículo 13.- Aceptación de la herencia, de un legado o de la legítima o renuncia a los mismos

Además del tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la sucesión en virtud del presente Reglamento, los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquier persona que, con arreglo a la ley aplicable a la sucesión, pueda efectuar ante un tribunal una declaración relativa a la aceptación de la herencia, de un legado o de la parte legítima o la renuncia a los mismos, o una declaración de limitación de su responsabilidad respecto a las deudas y demás cargas de la herencia, serán competentes para conocer de esas declaraciones cuando, con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro, las mismas puedan hacerse ante un tribunal.

Artículo 28.- Validez formal de una declaración relativa a una aceptación o una renuncia

Una declaración relativa a la aceptación o a la renuncia de la herencia, de un legado o de la legítima, o una declaración destinada a limitar la responsabilidad de la persona que la realice serán válidas en cuanto a la forma si reúnen los requisitos de: a) la ley aplicable a la sucesión en virtud de los artículos 21 o 22, o b) la ley del Estado en el que el declarante tenga su residencia habitual.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 16 de julio de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el Notario de Madrid don Jaime Recarte Casanova, contra la negativa del registrador de la propiedad núm. 1, de Ponferrada, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia.

De la Ley de Fundaciones se extrae la conclusión de que, para ellas, la aceptación (tácita en el caso examinado, en tanto que en ningún momento se emplea en la escritura la palabra aceptación) es siempre necesariamente con beneficio de inventario, sin que para considerar producidos los efectos del mismo en favor del heredero sea preciso, por tanto, que el llamado declare querer utilizar dicho beneficio.

El heredero que no puede aceptar sino a beneficio de inventario adquiere de esa manera, aunque no invoque tal derecho en la escritura de aceptación y partición.

Resolución de 4 de junio de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por doña María Jesús Mañas Mínguez, contra la negativa de la registradora de la propiedad de Villar del Arzobispo, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Aunque el tutor necesita de autorización para aceptar la herencia sin beneficio de inventario, la autorización judicial posterior de la partición, dadas las circunstancias del caso, permite entender subsanado el defecto y aceptada la herencia con tal beneficio.

Resolución de 1 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Adra, a la inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato privado de compraventa en escritura autorizada por el notario de la misma ciudad.

La ratificación de contratos privados celebrados por el causante implica aceptación tácita de la herencia, por lo que, en caso de tutela, debe ser a beneficio de inventario o contar con autorización judicial, pero tal modo de aceptación basta con expresarla, sin otros trámites.

Considera la Dirección General, sin explicar bien por qué, que, en caso de aceptación de la herencia a beneficio de inventario hecha por el tutor, basta con manifestarla así, sin necesidad de formar el

inventario y cumplir los trámites asociados previstos en el Código Civil.

Resolución de 18 de febrero de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Alcalá de Henares n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia a beneficio de inventario.

En la formación del inventario, a efectos del beneficio de su nombre, la citación a los acreedores es para que concurran a la formación del inventario, no a la firma de la escritura de partición de herencia.

En la formación del inventario, a efectos del beneficio de su nombre, la notificación a los acreedores conocidos y otros interesados puede hacerse por burofax, pues se exige la fehaciencia, pero no la forma notarial o judicial (No deja claro la Dirección General que pasaría si el fax hubiera sido devuelto)).

En la formación del inventario, a efectos del beneficio de su nombre, se aplican supletoriamente las normas de juicio de testamentaría o las de intervención de la herencia yacente.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario (incluso cuando se haga de forma irregular que pueda conllevar la pérdida de beneficio) no limita las facultades dominicales del heredero, ni su derecho a inscribir su propiedad.

La Dirección General no pone en duda que el beneficio de inventario puede tramitarse notarialmente, en todas sus fases.

La formación del inventario, a efectos del beneficio de su nombre, no requiere notificar a los acreedores desconocidos.

La limitación de responsabilidad derivada del beneficio de inventario es un derecho personal, y no puede ser objeto de inscripción sino sólo de mención, que no otorga ni quita derechos a los acreedores.

No corresponde al registrador calificar la regularidad de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, pues en todo caso hay aceptación y por lo tanto título inscribible.

Resolución de 12 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Gandía núm. 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de dación en pago de deuda.

Una administración especial sobre bienes dejados en herencia a un menor, que excluya la autorización judicial, requiere: que no afecte a los bienes recibidos en legítima, que la aceptación sea a beneficio de inventario, que se haga una detallada relación de los bienes y del régimen previsto por el causante.

Si el heredero es menor de edad, la Dirección General confunde su responsabilidad ultra vires con el carácter gratuito de la sucesión, como si en tal caso el menor pagara una contraprestación al causante; un criterio que no aplica a otros herederos, y que no al parecer cambia por completo, también para el menor, si las enajenaciones se hacen con autorización judicial (?).

Puede establecerse un régimen de administración especial para los bienes dejados al heredero menor de edad, excluyendo la autorización judicial, pero sólo si es heredero voluntario y la herencia se ha aceptado a beneficio de inventario, pues sin ello la atribución no es gratuita.

Resolución de 12 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Madrid núm. 27, por la que suspende la inscripción de una instancia privada de manifestación de herencia, acompañada de testamento, testimonio de sentencia judicial relativa a la adjudicación de determinados bienes y demás documentación complementaria.

La Dirección General, aun reconociendo que no es el momento adecuado, le exige al testador que haga por sí mismo la partición que aclarare qué sucede con las deudas, que diga si existen o no, y caso de existir, si la aceptación de la herencia –que lógicamente no puede saber si ocurrirá– se hace pura y simplemente o a beneficio de inventario.

Resolución de 16 de junio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Torrelaguna, por la que suspende la inscripción de una instancia privada de manifestación de herencia, acompañada de testamento, testimonio de sentencia judicial relativa a la adjudicación de determinados bienes y demás documentación complementaria.

La Dirección General, aun reconociendo que no es el momento adecuado, le exige al testador que haga por sí mismo la partición que aclarare qué sucede con las deudas, que diga si existen o no, y

caso de existir, si la aceptación de la herencia –que lógicamente no puede saber si ocurrirá– se hace pura y simplemente o a beneficio de inventario.

Resolución de 3 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Valladolid n.º 3 por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

— La Dirección General condiciona la aplicación de la partición hecha por el testador a que conste que todos los herederos han aceptado o rechazado la herencia, y si lo han hecho simplemente o a beneficio de inventario, exigencias que –además de no imponerla a la partición del contador-partidor- mezcla cuestiones muy distintas, pues la responsabilidad del heredero por las deudas de su causante no se origina ni se modifica por la forma de partir.

— En caso de partición hecha por el testador, la Dirección General dice que ha de "aclararse" por todos los herederos si existen o no deudas, pues afirma que no puede haber reparto hasta pagar tales deudas; pero lo cierto es que (además de la impertinencia de solicitar la prueba de hechos negativos) no hace la misma exigencia en cualquier otra modalidad de partición, y en particular la hecha por el contador-partidor, que parece que puede más que su mandante.

Resolución de 5 de abril de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad interina de Ribadavia, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia.

Dice la Dirección General que no hay partición por el testador cuando éste no realiza todas las operaciones particionales (una exigencia imposible de cumplir, tal como la formula); reconoce a continuación que la jurisprudencia lo niega (permitiendo la práctica posterior de operaciones complementarias), pero no saca ninguna conclusión de todo ello (quizá porque también impone los imposibles de que –en vida del testador– se paguen todas las deudas, y de que conste si algún heredero ha aceptado a beneficio de inventario; o sea, que en ningún caso la va a aceptar)

Resolución de 25 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Alcoy, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de aceptación, adjudicación de herencia y disolución del condominio por solicitarse la cancelación de una anotación preventiva de embargo que grava una cuota.

El titular de las anotaciones preventivas de embargo sobre determinadas cuotas es un titular registral, aunque ciertamente no equiparable al titular del dominio o de un derecho real; debe ser notificado con carácter previo a la extinción del condominio, al objeto de que pueda hacer valer los derechos que el Código Civil concede a los acreedores de los partícipes a concurrir a la división, a oponerse y a impugnar, en cumplimiento del tracto sucesivo.

DE NUEVO SOBRE EL TESTAMENTO CERRADO

(Testamento cerrado, testamento en formación)

Domingo Irurzun Goicoa
Notario

He tenido noticia de que un lector de una reciente publicación mía (1) la ha tachado de escandalosa (tal vez de escandalizadora, no lo sé muy bien) a causa de que en ella, calificándolo de "testamento en formación" se negaba la cualidad de testamento al conocido con el nombre de testamento notarial cerrado.

Creo que merece comprobarse si "estoy o no en la verdad" al hacer semejante aseveración negativa y para ello es preciso encontrar el camino en el que nos podamos orientar para conocer qué es en realidad un testamento.

Vamos, pues, a tratar de conocer qué es, cuál su naturaleza y cuáles sus caracteres; y, una vez hallados, comprobaremos si se dan o no se dan **en el sedicente testamento cerrado.**

INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE TESTAMENTO

1. Concepto de testamento según el art. 667 del C. Civil. español

"El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento".

(1) *El testamento* "in fieri". *(La formación del testamento en el Código civil, esa desconocida)*, que apareció en la Red Notarial (Intranet) el pasado día 17 de junio del 2116. Ello me obliga a incidir en la materia de nuevo.

Para el Código, pues, el testamento es un acto de disposición de sus bienes que hace el testador para que surta sus efectos después de su fallecimiento. Es el paradigma de los actos *mortis causa* cuyos efectos típicos, el ser causa de su adquisición por otra persona, sólo surgen después de que se haya producido el óbito de su autor.

Mantiene ese carácter y es causa y origen de la sucesión cuando el testador está disponiendo de bienes que le son propios, de bienes que integran su patrimonio personal. Y esa sucesión es universal cuando afecta a todo el que fue patrimonio relicto con su activo y pasivo, o a una parte alícuota del mismo; y será sucesión singular si recae sobre determinados bienes, derechos y acciones de su activo que al efecto son señalados.

Una parte de la doctrina (2) admite también la disposición testamentaria de bienes ajenos al patrimonio del causante, pero esa disposición testamentaria, que es perfectamente válida y eficaz aún recayendo sobre cosa ajena, ya no es una verdadera disposición sucesoria, sino que, por recaer sobre un bien ajeno al que es verdadero objeto de la sucesión, el patrimonio relicto, se convierte en una disposición testamentaria no sucesoria o extra-sucesoria; es decir, en lo que se denomina una disposición modal.

2. Según la jurisprudencia

La jurisprudencia, sin embargo, admite que es también testamento, el que podemos llamar *testamento negativo,* aquél en el que, de modo expreso se hace constar, precisamente que no hay voluntad de disponer de bienes ni de nombrar sucesor universal.

Y entiende que ello equivale a admitir que existe una voluntad, la de querer que le suceda el designado por la ley y sea nombrado en el acta de **notoriedad** que ha de ser tramitada en los casos previstos en el artículo 912, de que no haya testamento válido o de que, siéndolo, no contenga institución de heredero.

La consecuencia es que el concepto de testamento se extiende también y llega a incluir al que sólo contiene disposiciones sobre el pasivo hereditario, como el reconocimiento de deuda, o sobre los

(2) Véase mi pequeño estudio *Concepto del modo testamentario,* en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 77, enero-marzo 2011. (pp. 223-268).

posibles sucesores, caso de que se reconozcan hijos extramatrimoniales, o carente de toda disposición patrimonial, como el dedicado a regular su sepelio, funeral o sufragios.

3. Según la doctrina

La doctrina, por su parte, reconoce en el testamento dos ideas clave interconectadas, en las que el más profano participa, aunque carezca de conciencia de ello, y que son:

• que el testamento no nace "súbito", repentinamente, sino de modo pausado y progresivo, recorriendo una fase de formación, durante la cual está "haciéndose" y en la que es el *testamento in fieri,* que se está formando. Y, en consecuencia,

• la realidad es que se habla, ambiguamente, de testamento, lo mismo para referirse a un acto incorporal, al "acto testamentario", en el que se revela en forma oral una voluntad deliberada y firme de regular la propia sucesión futura, que cuando se quiere hablar de un documento, es decir, de una cosa corporal con manifestación gráfica, de un "documento testamentario", en el que se contiene, recoge, muestra, enseña y conserva aquella declaración de voluntad que fue otorgada en el primero.

El ejemplo práctico extremo de la plena separación entre *acto y documento*, lo viene a consagrar, con valor de paradigma y con claridad meridiana, el testamento que regula el Código con el nombre de testamento en inminente peligro de muerte, (*melior*, en peligro de muerte inminente). El acto testamentario es oral, ya que la propia ley admite que pueda no llegar a escribirse nunca; y en cuanto al documento testamentario, –si llega a producirse–, es muy posterior al acto en el tiempo, y puede haber entre ellos, entre acto y documento, una separación temporal susceptible de tener meses de duración.

I. EL SEDICENTE TESTAMENTO CERRADO

La Introducción anterior ha estado motivada por su capital importancia a los fines que motivan este trabajo, ya que nuestro Có-

digo civil aún encuentra una distinta manifestación de la reseñada ambigüedad, y lo hace, conforme a la regulación legal, en el caso de una forma especial de testar a la que denomina, precisamente, testamento cerrado, porque lo que va a caracterizarle es el hecho de que el contenido de esa voluntad testamentaria no se revela ni a los que asisten al otorgamiento del acto testamentario ni a los que autorizan el documento correspondiente, cuando el mismo es el que viene regulado con el nombre de testamento notarial cerrado.

El artículo 721, regulando el testamento militar cerrado, ya deja establecido que los testigos presentes en su otorgamiento han de firmar también en aquél "el acta de otorgamiento".

La expresión entrecomillada no puede dejar que tenerse en consideración y parece merecedora –y aún exigente– de estudio y comentario porque no es frecuente (y casi no puede considerarse normal), que, en materia testamentaria, se pongan en relación y se enlacen palabras y conceptos que no solo son distintos sino que casi se pueden considerar incompatibles hasta el antagonismo, como "otorgamiento" y "acta".

Vamos a tratar de verlo, examinándolas en lo que se puede entender su "habitat natural", el testamento y sus clases.

Clases de testamentos en el Código civil español

El Código distingue varias clases de testamentos. Conforme al artículo 676: "El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado". Y el artículo siguiente, 677, dice: "Se consideran testamentos especiales, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero".

El primer criterio que menciona el Código para diferenciar testamentos, es el que en el art. 676 los divide en comunes y especiales, que parece fijarse en las circunstancias normales en que se halla el testador en el acto de testar, pues el artículo siguiente menciona otras, ya particulares en que se puede encontrar, caso del testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Pero que el *común* sea el que puede ser otorgado en cualquier circunstancia no lo dice el 676 2.º, (como parecería natural), sino que –de modo un tanto incongruente– se limita a decir: "El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado".

Algunas de estas clasificaciones carecen de rigor. El artículo 676, que consta de dos párrafos, y dedica el primero a contraponer al testamento común los que son especiales), hace pensar que el párrafo segundo, en el primero de los dos párrafos de que consta, añade extrañamente en su segundo párrafo lo que parece ser una subdivisión del común, la de que puede ser ológrafo, abierto o cerrado, pero que, en realidad, responde a un criterio distinto, pues los dos últimos son modalidades del testamento notarial, como de modo expreso reconocen, respectivamente, los artículos 694 y 706.

Por su parte, la distinción entre testamentos abiertos y cerrados atiende a la circunstancia de que la voluntad del testador haya sido manifestada y pueda ser conocida por todos o de que, por el contrario, nazca secreta, y se mantenga oculta a las personas que asisten a su otorgamiento, incluidas *las [personas]* que lo autorizan.

No puede negarse que semejante curiosa manera de proceder puede *revelar* matices de la psicología del testador, pero sería falso creer que su fondo sea coyuntural y de escasa relevancia o de que sólo tiene interés en orden a la idoneidad de los testigos (artículo 682). Muy al contrario va a dar lugar a diferentes sistemas en cuanto al modo y la forma de otorgarse y a unos diversos procedimientos de conservación y custodia.

Y resulta dudoso que pueda ser calificado de "común", y acaso pueda ser tachado de impropiedad el criterio de clasificación que así lo califique, pues debe hacerse notar que el artículo 721 se refiere a un testamento militar cerrado y el 722 a testamentos marítimos abiertos o cerrados y, para el Código, ni el militar ni el marítimo son testamentos comunes, sino especiales.

En cambio es justo resaltar la importancia que tiene contraponer por un lado, los testamentos comunes, que son el testamento notarial y el ológrafo, que la ley permite otorgar a cualquier persona capaz y en cualquier momento y circunstancia y, por otro, los que no son comunes, porque sólo pueden ser otorgados por personas que se hallen en unas muy concretas circunstancias, como ocurre con los testamentos especiales, (aunque sólo se trate de una circunstancia tan vulgar y común como la de saber escribir) y, grado sumo, en los que suelen denominarse excepcionales.

A estos testamentos excepcionales y a su razón de ser o causa de su creación por el Ordenamiento jurídico, se refiere la STS de 10 julio de 1944 al decir: "La propia ley, para proveer a circunstan-

cias extraordinarias, establece formas especiales simplificadas [de testar] con las que se facilita la expresión de la última voluntad a ciertas personas en determinadas circunstancias".

Pero en ellos surge la dificultad de compaginar su existencia, debida a unas situaciones anormales en que se halla el testador que no permiten en sí grandes exigencias y que, por otra parte, requieren alguna simplificación, que sin embargo, ha de ser compatible con la necesidad de que cumplan los requisitos y garantías de exigencia indispensable en función de sus trascendentales efectos, los de regular una sucesión *mortis causa*.

Comentario crítico inicial al texto del artículo 680

La explícita declaración de la norma es que, en el testamento cerrado, el testador **no revela** cuál es su última voluntad, y se limita a declarar que consta en un pliego que es el que presenta "a las personas que han de autorizar el acto".

Pero, ¿qué valor y alcance tiene semejante *declaración*? ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

Está fuera de duda, a mi entender, que es una declaración de verdad, no de voluntad y que carece de todo contenido negocial dirigido a crear, modificar o extinguir un derecho subjetivo.

Suele olvidarse el doble significado que tienen –que pueden tener o que se les puede atribuir–, tanto el consentimiento como el otorgamiento, cuando uno y otro están referidos a la emisión de una declaración de voluntad de contenido jurídico, sea *inter vivos,* sea *mortis causa*.

El consentimiento que todo contrato implica puede recaer sobre su contenido negocial, en que la voluntad va dirigida a expresar la conformidad con un determinado tipo de negocio jurídico, compraventa, préstamo, arrendamiento, etc.; o puede encaminarse a mostrar esa conformidad en cuanto a la forma en que que se desea que quede expresado y adopte ese contenido negocial, que puede ser forma privada o pública; dentro de ésta, documento o instrumento público y, ya entre instrumentos, escritura o acta.

Por otra parte, el requerimiento, en cuanto acto en que se hace al Notario la rogación precisa para que entre en el ejercicio de su función en el aspecto documentador, lo que se le pide es que dé la forma de instrumento público que le corresponda, conforme a su

naturaleza, a un determinado negocio o contenido negocial que se le presenta; y, para el caso de que tal forma pueda ser opcional, tenga la que en el requerimiento se determine, de escritura o de acta, que a tal efecto se le ha de pedir.

Cuando alguien, en la rogación que hace al Notario solicita la autorización de un testamento cerrado que quiere otorgar y que, por definición según se acaba de ver, no revela su contenido, ¿qué es lo que pretende, y qué espera conseguir con tal otorgamiento en el que no va a poder decir ni en qué consiste ni qué es lo que oculta?

No hay duda de que lo que quiere es testar, pero sin revelar el contenido de esa voluntad testamentaria, porque no desea que se conozca cuando nace, sino en otro momento posterior... cuando pueda gozar de eficacia.

Ahora bien, es imprescindible que en él se diga quién y cuándo ha de darse a conocer tal contenido para que éste, expresado ya en forma testamentaria, pueda causar sus naturales efectos; y que, para no perturbarlos, haya adquirido tal forma, al menos, como muy tarde, al fallecer el testador.

Es esta revelación la que hace que el testamento cerrado deje de serlo, que ya no sea cerrado, que se "abra" y ponga de manifiesto su contenido en una verdadera *epifanía,* y lo "publique" para que pueda causar sus naturales efectos.

El testamento cerrado es testamento en el mismo momento en que deja de ser cerrado. Ello evidencia que antes, en el momento que precede al de su apertura, "antes de abrirse", durante el tiempo en que se mantenía cerrado, mientras permanecía desconocido o incógnito, no era tal testamento, sino sólo un proyecto de testamento. O, si se quiere ser aún más preciso, un testamento en vía de formación.

LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN EL TESTAMENTO DE FERNANDO EL CATÓLICO: SU ANÁLISIS A TRAVÉS DE LOS SIGNOS NOTARIALES

Alberto Sáenz de Santa María Vierna
Notario

A Rafael Núñez Lagos,
por su impagable aportación
al estudio del "Ars notariae"
y, en particular, de Rolandino

SUMARIO

I. LOS TESTAMENTOS DE FERNANDO II DE ARAGÓN

II. EL TESTAMENTO DE MADRIGALEJO

III. EL SIGNO NOTARIAL

IV. EL SIGNO DE MIGUEL VELÁZQUEZ CLEMENTE

V. LA DUPLICIDAD DE SIGNOS NOTARIALES

VI. ANÁLISIS DEL DOBLE SIGNO

I. LOS TESTAMENTOS DE FERNANDO II DE ARAGÓN

El Rey Fernando otorgó muchos testamentos a lo largo de su vida. Según ARGENSOLA ("Anales de Aragón"), llegó a otorgar nada menos que cuarenta y cuatro.

Si ese dato fuera cierto, podríamos afirmar que fue en verdad un Rey testador como no ha habido otro, revelador de lo mucho que pensaba y pensaba sobre las cuestiones políticas, geopolíticas y sucesorias que podían afectar a la Monarquía que él encarnaba. Hoy diríamos que, por sí solo, constituía un verdadero "think tank".

De todos estos testamentos, nos interesan solamente los tres últimos, los más cercanos a su muerte, que son:

— El de Burgos de 2 de mayo de 1512, ante el Protonotario Felipe Clemente y en la Casa del Cordón (1).

— El de Aranda de Duero (Burgos) de 26 de abril de 1515, ante el Protonotario Miguel Velázquez Clemente (hijo del anterior) y en la Casa de Juan de Acuña.

— El de Madrigalejo (Cáceres) de 22 de enero de 1516, ante el mismo Protonotario Miguel Velázquez Clemente, en la Casa de Santa María (de los Frailes de Guadalupe).

Es decir: en sus últimos cuatro años de vida, otorgó tres testamentos.

Como es sabido, cada testamento (ayer y hoy) revoca y deja sin efecto al anterior, por lo que el de Burgos fue revocado por el de Aranda y éste –a su vez– por el de Madrigalejo. Correspondiendo a éste la gloria de ser el definitivo acto de última voluntad del Rey, el que rigió definitivamente su herencia y sucesión.

(1) Sobre este importante edificio histórico burgalés, véase IBÁÑEZ PÉREZ, Alberto C.: "Historia de la Casa del Cordón de Burgos", Caja de Ahorros Municipal de Burgos, Burgos, 1987. De estilo diferente, puede consultarse también "Casa del Cordón. Palacio de los Condestables de Castilla", Caja de Burgos, 1987.

Casa de Santa María (Madrigalejo, Cáceres).

II. EL TESTAMENTO DE MADRIGALEJO

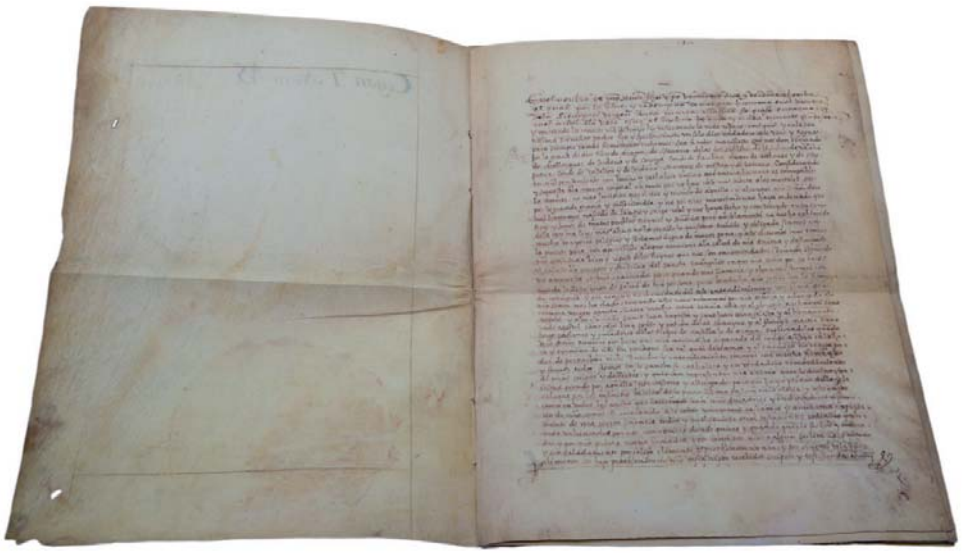
Este testamento extremeño del Rey es un documento muy interesante desde el punto de vista de la política nacional (tanto para Aragón como para Castilla), de la geopolítica y diplomacia internacional (Nápoles y Sicilia) y también familiar y dinásticamente (2).

Pero no menos crucial lo es desde el punto de vista jurídico. Y en verdad singular si tenemos en cuenta las circunstancias que rodearon su otorgamiento. En este sentido, bien podemos decir de él que es un Testamento "in itinere".

En efecto, Fernando se encontraba camino de Guadalupe, donde proyectaba asistir a un capítulo de la Orden Militar de Calatrava. Había estado primero en Plasencia, visitó luego la Casa-Palacio del Duque de Alba en Abadía. Y estuvo unos días en Trujillo, de donde salió el 6 de enero.

(2) Como base para este trabajo, manejamos siempre la edición del Testamento efectuada en 2013 por la editorial Testimonio, que cuenta con un facsímil del testamento, de notable calidad.

"TESTAMENTO DEL REY FERNANDO EL CATOLICO. 22 DE ENERO DE 1516". Original conservado en la Fundación Casa de Alba, Proemio de la Duquesa de Alba, Estudio y transcripción de José Manuel Calderón, Testimonio Compañía editorial, Madrid, 2013.



Primer folio del testamento.

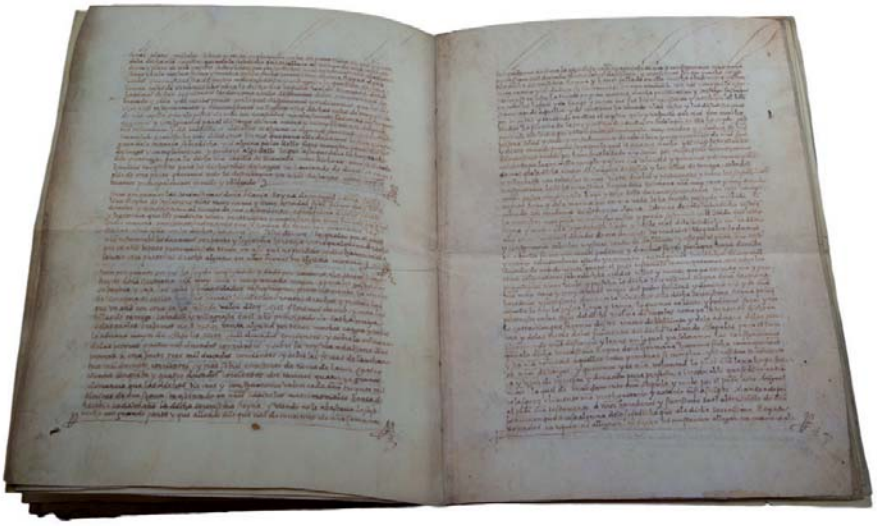
También pernoctó en el pequeño pueblo de La Abertura, hasta que –sintiéndose verdaderamente mal– se alojó en la Casa de Santa María de los Frailes de Guadalupe, en la pequeña villa de Madrigalejo.

Por tanto, claramente no es un Testamento palaciego (como fue el de la Reina Isabel en Medina del Campo) sino que es un testamento otorgado en viaje, no previsto ni programado en principio. Inesperado y decidido apresuradamente a mitad de camino.

Madrigalejo es un pequeño pueblo, que ni entonces ni hoy tiene Notario (3). Pero el Rey llevaba consigo a una parte de su Corte y también a miembros de la Cancillería aragonesa, encargada de la formación y cuidado de los documentos de la Corona.

(3) Entiéndase bien: en 1516 no había en Madrigalejo ningún "escribano del número" (nombrados por las villas y ciudades), ni ningún "escribano real" (de designación regia). Pero es fácil pensar que hubiera algún escribano de la iglesia, o escribanos de alcabalas, o de otros cometidos concretos. Pero estos tipos de escribanos no guardan relación ninguna con los actuales Notarios.

Y desde luego, en 2016 no existe ningún Notario actual con Notaría demarcada en Madrigalejo.



Uno de los folios intermedios.

Al frente de esta Cancillería aragonesa se encontraba el "Protonotario de Aragón" Miguel Velázquez Clemente (4), que era también –además– "Notario público por todos nuestros reynos y señoríos". Él formaba parte del "círculo" o de la corte más inmediata al Rey y, precisamente por eso, acompañaba al Monarca cuando en 1515 decidió desplazarse a Andalucía para pasar un mejor invierno, yendo a mejores climas que los muy duros de Castilla y de Aragón.

Y por eso estaba con el Rey cuando se puso enfermo y hubo de detener su camino en Madrigalejo. Y por eso autorizó su testamento.

Pero debe quedar claro: Miguel Velázquez Clemente estaba en Madrigalejo el día 22 de enero de 1516 porque era el Protonotario de Aragón, pero autorizó el testamento del Rey porque era Notario y como Notario.

III. EL SIGNO NOTARIAL

Como símbolo de que hacen suyo el documento, de la veracidad de éste y de que en él se cumplen los requisitos legales, al pie del

(4) Sobre la figura del Protonotario, véase en particular BALTAR RODRÍGUEZ, Juan Francisco: "El Protonotario de Aragón 1472-1707 (La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna)", El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2.001. Del mismo autor: "Los Clemente, protonotarios del Rey", "Ius fugit", Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos, número 10-11, 2001-2003, pp. 543-553.

documento los Notarios españoles extienden a mano su firma, rúbrica y signo. Así sucedía en el siglo XVI y así sucede hoy. El signo es un elemento singular, característico y exclusivo del Notariado español y sólo del Notariado español (5).

El signo es de libre elección de cada Notario, si bien en general consisten en una combinación de iniciales y rasgos, que suelen encajarse en un esquema gráfico en forma de cruz. Y tienen un arraigo de siglos, pues se conocen signos de Notarios desde 1212 (6). Y por supuesto, llegan hasta el momento presente (7), en que los Notarios españoles debemos autorizar nuestros documentos "signando,

(5) Sólo en Escocia existe algo semejante, pues sus Notarios utilizan antes de la firma un "lema" o "motto", es decir, una frase que expresa un objetivo o finalidad ideal que se persigue.

(6) Resulta imprescindible el magnífico libro "Signos notariales" publicado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España con ocasión del "CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO", Volumen II, tomo 2, Barcelona, 1963, 190 páginas.

Es interesante reproducir los dos primeros párrafos del artículo "El Signum notarial" de VALLS SUBIRÁ, Oriol, contenido en dicho libro:

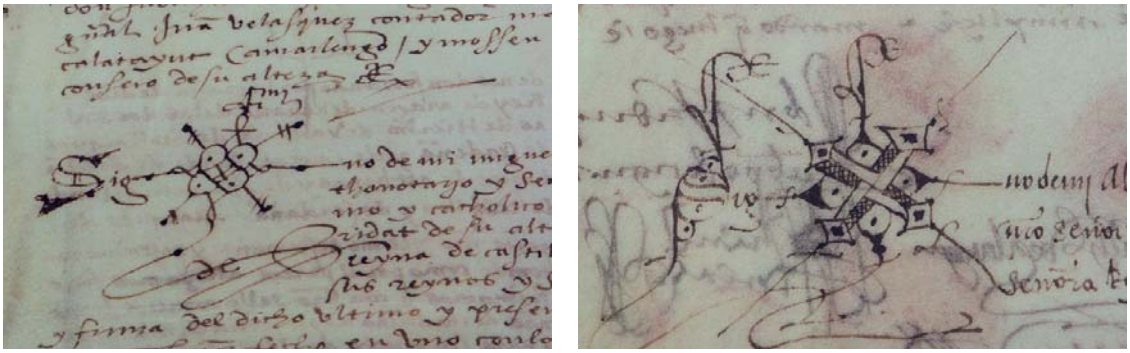
"Estamos en el siglo X, o en el XI. En una habitación un religioso con atribuciones de Notario lee con voz gangosa un testamento. Delante de él, escuchando atentamente, están el otorgante y los testigos. Una vez leído, y vista la conformidad de los presentes, el Notario dibuja una cruz debajo de lo escrito, marca un punto en tres de los cuatro ángulos formados por los brazos de la misma, y poniendo la pluma en manos del otorgante, le hace trazar el cuarto punto que faltaba.

Fue así como seguramente nació el "SIGNUM". Una cruz, signo del cristiano, y los puntos acogidos a ella, mínimo rasgo para que el que no sabía firmar, y en aquellos tiempos casi ningún laico sabía hacerlo, encontrara facilitada su tarea, que completaba con temblorosa mano, y al que luego daba tanto valor como si de una verdadera firma se tratara".

(7) Aparte de la obra citada en la nota anterior, deben verse en tiempos recientes:

— "Inventario de Protocolos Notariales", Archivo Histórico de Protocolos, Ilustre Colegio Notarial de La Coruña, 1998. En particular, deben examinarse atentamente los estudios introductorios al Inventario de La Coruña y al Inventario de Santiago de Compostela a cargo de M.ª José JUSTO MARTÍN.

— Joaquín SERRANO YUSTE: "Signum notariae", Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, 836 páginas. Este precioso libro puede considerarse un enciclopédico y exhaustivo Tratado del signo notarial.



A la izquierda, signo de Miguel Velázquez Clemente. A la derecha, el de Alonso Soria.

firmando y rubricando", en feliz expresión del vigente Reglamento notarial. (8)

Podríamos decir que el signo es la representación gráfica de la dación de fe. Es decir, que la afirmación notarial de autenticidad se representa de dos formas: literariamente, con la sacramental fórmula "DOY FE"; gráficamente, con el signo inalterable de cada Notario.

IV. EL SIGNO DE MIGUEL VELÁZQUEZ CLEMENTE

Por supuesto, Miguel Velázquez Clemente estampó su signo en el testamento de Fernando en Madrigalejo, como afirmación y asunción notarial de su total contenido. Él fue el único Notario autorizante del testamento y por eso lo firmó al pie, estampando su signo personal.

---

(8) La vigente Legislación notarial lo exige tanto en la Ley como en el Reglamento:

a) La Ley del Notariado dispone que "Los Notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio. No podrán variar en lo sucesivo, sin Real autorización, la rúbrica ni el signo" (art. 19).

b) El Reglamento notarial establece por su parte que "El Notario, a continuación de las firmas de los otorgantes y testigos, autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos, signando, firmando y rubricando. Deberá estampar al lado del signo el sello oficial de su Notaría. A ningún Notario se concederá autorización ni para signar ni firmar con estampilla" (art. 195).

Es, además, un signo estéticamente bonito. Sobre una estructura general en forma de cruz, los brazos horizontales recogen la expresión "Sig-------no de mí"; el brazo vertical superior parece recoger sus iniciales ("mv" a la derecha; "c" a la izquierda); y el brazo vertical inferior se prolonga en una rúbrica personal de formas redondeadas.

Y en el centro de la cruz, sobre un fondo en forma geométrica de rombo, cuatro celdillas redondeadas rematadas con un punto en el interior de cada una, conforman una figura a modo de una flor. Encaja en la mejor tradición notarial de la época.

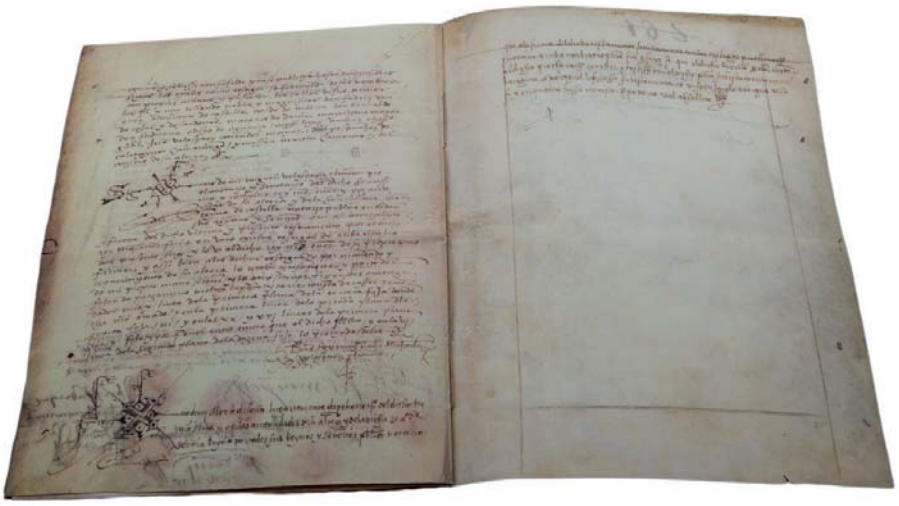
V. LA DUPLICIDAD DE SIGNOS NOTARIALES

Como dato en verdad llamativo tiene que juzgarse el hecho de que, tras la firma y signo de Miguel Velázquez Clemente (dando fe de haber estado presente en el otorgamiento del testamento por el Rey y de las firmas de los testigos rogados para ello), aparece otra suscripción notarial y otro signo.

Este segundo signo corresponde a Alonso de Soria, que era el Lugarteniente del Protonotario de Aragón. Es decir, el segundo de a bordo en la Protonotaría y, por tanto, el primero a las órdenes de Miguel Velázquez Clemente.

El signo de Alonso de Soria muestra una evidente inspiración en el de su superior, sin más que la introducción de algunas ligeras variantes. En efecto, sobre la misma estructura de cruz, los brazos horizontales recogen la misma expresión "Sig-------no de mí". Pudo haber usado alguna otra de las habituales entre los Notarios de la época, como la más breve de "Signo", la más extensa de "En testimonio de verdad", o la más utilizada de forma mayoritaria: "Signum", en latín. Pero el caso es que utiliza exactamente la misma que su superior: "Signo de mí". Y lo remata con un trazo vertical hacia arriba y otro hacia abajo; éste último acaba proporcionando una base horizontal a la figura del signo.

En el centro de la cruz, mantiene también la forma geométrica de rombo, pero lo adorna con abundante trabajo de pluma y tinta. Este trabajo hace que las cuatro celdillas queden casi convertidas en cuadrados (también con un punto en el interior de cada una), que más que una flor sugieren una forma geométrica, reforzada porque



Folio último del Testamento con los Signos notariales.

justo a su lado parecen surgir cuatro flechas (que forman, a su vez, un aspa dentro del rombo).

Parece, pues, que prescinde de sus iniciales o siglas. Pero no es así, porque para mayor diferenciación (y para cultivo de su ego), Alonso de Soria parece convertir la "S" de la horizontal frase "Signo de mí", en el soporte de dos siglas independientes, pues dibuja allí una "A" estilizada y una "S" más redondeada. Sería una especie de "sub-signo" –previo al signo mismo– con las iniciales "A" y "S", es decir, con las siglas de su nombre, Alonso DE SORIA.

Resulta muy difícil entender este segundo signo notarial, por varios motivos:

1.º En Derecho español, nunca un documento notarial ha necesitado de la intervención de dos Notarios, pues la sola intervención de uno dentro de sus competencias le atribuye por sí sólo plena fe pública.

Pensar que al intervenir un segundo Notario se refuerza su validez y eficacia es un gravísimo error. Es precisamente lo contrario: la presencia de un segundo Notario no suma ni refuerza sino que, por el contrario, resta credibilidad a la intervención del primero.

2.º Podría entenderse que este segundo signo notarial se debe a las circunstancias concretas de este caso. En efecto, Fernando testa el martes 22 de enero (pongamos que a media tarde, aproximadamente); hasta que fallece, el testamento fue custodiado en secreto

por el Protonotario, pues el Rey ordena no publicarlo "fasta que nuestro Señor hubiere dispuesto de Nos". Antes de transcurrir doce horas fallece (entre las dos y las tres de la madrugada del siguiente miércoles 23 de enero). Al poco de fallecer se abrió su testamento ante alguno de los testamentarios nombrados (para conocer su última voluntad y saber dónde quería ser enterrado); inmediatamente, a su cuerpo se le practica la evisceración y el embalsamamiento para posibilitar su conservación en el mejor estado posible.

Tras ello y sin esperar mucho, se debió iniciar el camino de la comitiva hacia Granada, portando el cuerpo del Rey fallecido. Probablemente al día siguiente de la muerte (es decir, el jueves 24 de enero).

Por lo que sabemos, esta comitiva se integró de pocas personas, pues muchos de los miembros de la Corte abandonaron al Rey inmediatamente, una vez fallecido éste. Lo expresa muy bien Rodríguez Amores:

> "Salió de Madrigalejo la marcha fúnebre con una comitiva bastante escasa. Figuraban en ella: su nieto Fernando de Aragón (persona distinta al infante Fernando de Austria, del que hemos hablado entre los aspirantes a la regencia), don Bernardo de Sandoval y Rojas (marqués de Denia y mayordomo del Rey), el alcalde Ronquillo y algunos de los más fieles servidores. No acompañaron al cadáver del Rey la mayoría de los cortesanos asiduos porque unos, ingratamente, lo desampararon al no esperar gracia de un difunto, y otros prefirieron la ausencia para no dar celos al nuevo Rey" (9).

Lo lógico es que Miguel Velázquez Clemente no formara parte de esta comitiva que se dirigió a Granada, sino que –como primer oficial de la pluma– retornara a Aragón para desempeñar allí su tarea en el Consejo de Aragón (de gran relevancia por los importantes documentos a redactar por efecto del fallecimiento de su Rey).

(9) Rodríguez Amores, Lorenzo: "Fernando el Católico en Madrigalejo (in memoriam)", Separata del libro "Crónicas lugareñas: Madrigalejo", Tecnigraf editores, Badajoz, 2016, p. 92.

Puede que, por ello, el Lugarteniente Alonso de Soria se quedara un poco más en Madrigalejo, para cuidar de algún aspecto documental de la Protonotaría, una vez fallecido el Rey.

Y es en ese periodo de tiempo (a partir del día 24 de enero) en el que Alonso de Soria debió añadir su suscripción y su signo, con una cláusula adicionada que dice así:

> *"Signo de mi, Alonso de Soria, lugarteniente de prothonotario del dicho Rey nuestro señor e por las auctoridades de Su Alteza y de dicha serenísima reyna, por todos sus reynos y señoríos, público notario qui a la firma de dicho testamento, juntamente con los testigos, prothonotario y notario arriba nombrados, presente fuy y fago fe que el dicho Rey nuestro señor mandó al dicho prothonotario recebir y testifficar el dicho presente su testamento no embargante que por aquel lo fiziese su testamentario, dispensando acerqua dello, si y en quanto fuesse menester, de poderío real absoluto".*
>
> [Folios 14 v. y 15].

VI. ANÁLISIS DEL DOBLE SIGNO

La existencia de este doble signo ha dado lugar a que muchos autores piensen que el testamento de Fernando II de Aragón fue autorizado por dos Notarios, es decir, co-autorizado por el Protonotario y su Lugarteniente. Así lo afirmó en 1953 Gómez de Mercado y de Miguel (10). Y muy recientemente (tan recientemente como el año 2.015) lo han vuelto a afirmar Calderón Ortega y Díaz González con estas palabras:

(10) Gómez de Mercado y de Miguel, Francisco: "Dogmas nacionales del Rey Católico" (con Prólogo del XVII Duque de Alba, D. Jacobo Fitz-James Stuart y Falcó), Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953, página 102: "Se siguen las fórmulas del Derecho de Francia y de Flandes, están presentes dos Notarios al otorgamiento"

Insiste en la idea de nuevo en la siguiente página 103 cuando dice: "Se añaden a las formalidades de la Ley 111 de las Leyes de Toro, más de un fedatario: aparece después de la suscripción auténtica del Protonotario la de su Lugarteniente Alonso de Soria".

"Después de realizadas las pertinentes modificaciones en el texto de Aranda, se procedió a la redacción de un nuevo testamento cerrado en la villa de Madrigalejo, con la correspondiente presencia de siete testigos y dos fedatarios.. … El documento, que consta de catorce hojas de texto, más cinco líneas en la cubierta posterior, con las suscripciones autógrafas del Rey, testigos y escribanos intervinientes, y en el que se aprecian los restos de los sellos de cera de los testigos, fue legalizado por Miguel Velázquez Climente y por Alonso de Soria, como secretario y Protonotario de Aragón y su lugarteniente, respectivamente" (11).

Para mí, esta adición de Alonso DE SORIA al testamento real no puede sino merecer crítica severa.

Primero:

Porque no forma parte del testamento del Rey. El testamento de Fernando está formado por las cláusulas de su texto, la suscripción y firma del Rey, las firmas de los testigos y el signo y firma del Notario autorizante, Miguel Velázquez Clemente. Ahí concluye. En total, catorce hojas de pergamino.

Con todo ello, el documento jurídico en que consiste el testamento está terminado y concluso. Reúne todos los requisitos para ser un testamento perfecto, de plena validez y eficacia jurídica.

Segundo:

Porque en esta adición, Alonso DE SORIA no deja constancia de la fecha de su intervención, cosa inaceptable en cualquier actuación notarial. Como ya hemos razonado, su intervención debió ser a partir del día 24; pero en ningún caso la expresó en el documento, por lo que carece del más mínimo requisito documental.

El testamento ya era perfecto y completo antes de su adición y lo que él añade "ya no es testamento", por lo que debe considerarse una cláusula nula (con nulidad de pleno derecho), que se debe tener por no puesta.

(11) CALDERÓN ORTEGA, José Manuel y DÍAZ GONZÁLEZ, Francisco Javier: "El proceso de redacción del último testamento de Fernando el Católico el 22 de enero de 1516", Institución Fernando el Católico, Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2015, página 19.

Tercero:

Poco sabemos de Alonso de Soria (aunque consultando los Archivos de la Corona de Aragón, algo podría obtenerse seguro). Lo que sí sabemos es que era el segundo de la Protonotaría y que, como tal, acompañaba a Miguel Velázquez Clemente formando parte de la Corte que viajó con el Rey por Extremadura hasta su momento final.

Y no creemos equivocarnos si afirmamos que él debió escribir manualmente una parte del testamento, pues expresamente dice Velázquez Clemente en el testamento que "parte dél de mi propia mano screví y lo otro screvir fize". Es lógico pensar que cuando el Protonotario necesitara ayuda material en la apresurada redacción del testamento, esa tarea se la encomendara precisamente a su segundo de a bordo.

Cuarto:

Porque tiene y revela un desmedido afán de protagonismo, pues de ocho líneas que ocupa su intervención, las tres primeras son para recoger su propia identificación personal. Y a continuación quiere recoger y dejar dicho que él también estuvo presente en el acto del otorgamiento. A él no le bastaba con esa alusión impersonal del Protonotario ("... y lo otro screvir fize"), y quiso dejar constancia con su nombre y apellido de que él también presenció el acto de la firma del testamento.

Jurídicamente sin embargo, ese dato de ser amanuense de una parte del testamento es absolutamente irrelevante frente a la autoría jurídica y la presencia autorizante del Protonotario de Aragón que escribió una parte, pero sobre todo autorizó en su totalidad el testamento del Rey.

Quinto:

[Quizás lo peor]. El Lugarteniente persigue desacreditar y desautorizar a su superior el Protonotario, al afirmar que aunque el Rey ordenara a Miguel Velázquez Clemente "que recibiera y testificara su testamento", Alonso de Soria sostiene y defiende que no lo hizo el Protonotario, sino que por él lo hizo uno de los albaceas nombrados (12).

(12) En mi opinión, el único albacea que habría podido atreverse a

En definitiva: el Lugarteniente afirma que el Protonotario incumplió una de las órdenes expresas de Fernando en su testamento.

Sexto:

Para mí que la explicación a esta insólita y extravagante intervención del Lugarteniente de Protonotario la encontramos en el libro del historiador y máximo especialista sobre la figura de los Protonotarios de Aragón, Juan Francisco BALTAR RODRÍGUEZ. Dice éste:

> "Las relaciones entre el Protonotario y su lugarteniente no estuvieron exentas de tiranteces, debido casi siempre a los intentos de usurpación de funciones por parte de éste. Creemos distinguir en la actuación del lugarteniente, en líneas generales, un intento de extender su ámbito de actuación a expensas tanto por arriba –protonotario– como por abajo –secretarios– de otros oficios integrantes del Consejo de Aragón". (13)

En suma: la cláusula adicionada por Alonso de Soria no añade nada y debe tenerse jurídicamente por no puesta en el testamento de Fernando.

---

esto (si hubiéramos de creer a Alonso DE SORIA) sólo podría ser Fadrique de Toledo, el II Duque de Alba.

No pudieron ser los albaceas que no estaban en Madrigalejo ese día: el príncipe Carlos (luego "el Emperador"), Alonso de Aragón (Arzobispo de Zaragoza) y Aldonza Enríquez (tía del Rey).

No respondía a su papel y funciones en la Corte: Fray Tomás de Matienzo (confesor) y Germana de Foix (viuda del Rey).

No pudo ser Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE, porque no se le puede acusar de sustituir al Notario en "recibir y testificar el testamento" al propio Notario.

De ser alguien, tuvo que ser el Duque de Alba que, como sabemos, era primo carnal del Rey y tenía una gran sintonía y admiración por él. Siempre le fue fiel (a diferencia de otros muchos nobles castellanos). Además, había intervenido en muchas tareas bélicas junto al Rey, estuvo tan sólo unos días antes en su finca de Abadía y compartía con él la afición por la caza. Y sobre todo, tenía la autoridad y soltura personal como para moverse libremente dentro de la Corte sin temor reverencial a nadie.

(13) BALTAR RODRÍGUEZ, Juan Francisco: "El Protonotario de Aragón 1472-1707. La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna", El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, página 322.

Incluso cae en el ridículo porque, para legitimar su extemporánea y extralimitada intervención, se atreve a aludir al "poderío real absoluto". Y eso lo hace cuando ya Fernando ha fallecido, como si la sola presencia del cadáver del Rey pudiera aún insuflar validez y sanar un supuesto defecto que habría cometido –según Alonso DE SORIA– el Protonotario Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE, su jefe en el oficio de la pluma.

Concluyendo: además del cultivo de su propio ego, Alonso DE SORIA demuestra ese afán de protagonismo de algunos "segundos", con el propósito invasivo de usurpar funciones a su "primero" (a cuyas órdenes trabajan).

APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO ACTUAL DEL DERECHO MERCANTIL EN EUROPA (*)

José Miguel Embid Irujo
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

SUMARIO

I. LA FLUIDEZ ACTUAL DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS (A MODO DE INTRODUCCIÓN)
1. La delimitación de las disciplinas jurídicas como tarea permanente del jurista
2. La fragmentación de las disciplinas y el ansia de una renovada sistematización

II. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL
1. La continuidad histórica del Derecho mercantil
2. ¿Resulta pertinente hoy la reflexión dogmática sobre la naturaleza y caracteres del Derecho Mercantil? El ensayo como método
3. Esquema del presente trabajo

(*) Este trabajo reproduce, con algunas modificaciones relevantes, el titulado "El Derecho mercantil en Europa. Perspectiva general", inserto en el libro "La modernización del Derecho mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile", del que son editores los profesores Juan Luis Goldenberg, Jaime Alcalde Silva y quien suscribe, estando prevista su publicación en el presente año 2017. Agradezco a mi querido amigo, Víctor Manuel Garrido de Palma, su amable invitación para que se publique en la prestigiosa Revista Jurídica del Notariado.

III. LA DENOMINACIÓN "DERECHO MERCANTIL"
1. La continuidad terminológica
2. Las tendencias innovadoras

IV. EL CONTENIDO DEL DERECHO MERCANTIL
1. De la periferia al núcleo
2. La empresa como "centro organizador" del Derecho mercantil en el siglo xx
3. El progresivo relieve del mercado

V. LA ORDENACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO MERCANTIL
1. El predominio de la ley y su progresiva complejidad
2. El protagonismo creciente del Derecho blando (*soft law*)

VI. LA NATURALEZA DEL DERECHO MERCANTIL (A MODO DE CONCLUSIÓN)
1. Premisa
2. El tratamiento doctrinal del Derecho mercantil (*excursus* metodológico)
3. El Derecho mercantil, entre la especialidad respecto del Derecho civil y la plena autonomía institucional

I. LA FLUIDEZ ACTUAL DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS (A MODO DE INTRODUCCIÓN)

1. La delimitación de las disciplinas jurídicas como tarea permanente del jurista.

Dentro del amplio caudal hereditario que los juristas contemporáneos hemos recibido del positivismo (1) y de la codificación (2) se encuentra una notoria tendencia al conceptualismo dogmático, como elemento de seguridad y certeza del ordenamiento, gracias a la "construcción" puramente técnica de las distintas categorías jurídicas que sobre su base se consigue. Del mismo modo, y con la doble, y quizá paradójica función, de ser instrumento a la vez que vehículo de tal orientación, nos encontramos con un estricto planteamiento sistemático en el que las categorías y conceptos se engarzan dentro de un plan riguroso a la vez que lógico que permite al jurista dominar el, por naturaleza, amplio y complejo campo operativo de cada disciplina jurídica. No es ningún secreto que esta manera de proceder sigue siendo relevante en numerosos países, sobre todo de la órbita continental europea, sin perjuicio de la sustancial revisión que a sus ideas inspiradoras han impuesto algunas modernas orientaciones de filosofía y metodología jurídicas con fines diversos. En tal sentido, la necesidad de atender a las necesidades de la realidad práctica, dar cauce a ciertos principios y valoraciones,

(1) Por muchos, véase González Vicén, F., "El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea", y "Sobre el positivismo jurídico", ambos en el libro del autor *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 47-140 y 171-205, respectivamente; del mismo modo, Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. española de Marcelino Rodríguez Molinero), 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1980, pp. 57-103, quien examina diversas corrientes de pensamiento jurídico susceptibles de ser encuadradas en el ámbito, no siempre fácil de precisar, del positivismo,.

(2) Entre nosotros, véase el trabajo clásico de Gómez Arboleya, E., "El racionalismo jurídico y los Códigos europeos", en el libro del autor *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pp. 439-543; con posterioridad, tiene interés la consulta de Hernández Gil, A., *Formalismo, antiformalismo y codificación*, Madrid, Comisión General de Codificación, 1970, para quien el porvenir de la codificación no puede quedar "subordinado al imperio de la mentalidad formalista".

cuya presencia se pretende lograr en la sociedad, así como hacer posible, en suma, la funcionalidad operativa de un ordenamiento sometido a cambios continuos e intensos son, en apresurado resumen, las razones o motivos que han puesto en entredicho la visión conceptual, sistemática y abstracta heredada de la codificación y el positivismo (3).

Hay, no obstante, una materia, impregnada de estas últimas características, que se resiste a desaparecer del horizonte de los juristas, y es la que se refiere a la delimitación, precisamente, conceptual de las distintas disciplinas susceptibles de individualizarse en un concreto ordenamiento. Habrá que convenir que este criterio, característico del positivismo y de la etapa codificadora, no se ha dado con idéntico relieve en la historia del Derecho o, en su caso, no se ha manifestado de una manera perceptible y nítida. Sabido es que a los juristas romanos, cuando menos de la etapa clásica, les repelía este tipo de planteamientos (4) e, igualmente, el Derecho que, proveniente del *ius commune* medieval (5), se recibe en la etapa moderna se distingue por su carácter inorgánico dentro de amplísimas categorías susceptibles de ser abarcadas en su conjunto por los juristas (6). Pero, del mismo modo que la revolución industrial trajo consigo, entre otros elementos determinantes de la realidad social,

(3) Últimamente, Alexy, R., *La natura del diritto. Pero una teoría non-positivistica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

(4) Por muchos, Schulz, F., *Principios del Derecho romano* (trad. esp. de Manuel Abellán Velasco), 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 61 y ss., que habla de "desconfianza hacia la abstracción", así como del predominio del casuismo y una muy escasa disposición sistemática.

(5) Al respecto, Grossi, P., *El orden jurídico medieval* (trad. esp. de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez), Madrid, Marcial Pons, 1996.

(6) A propósito del Derecho constitucional, se ha advertido autorizadamente entre nosotros (cfr. García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 9-10), que su aparición como disciplina autónoma en el siglo XIX "no es más que un caso particular de la dispersión del viejo *Corpus Iuris Publicii* en varias ramas (Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho penal, Derecho procesal), dispersión debida a dos clases de motivos: por un lado, al progreso en la racionalización de los órdenes jurídicos y políticos, que da lugar a una serie de separaciones objetivas en la estructura de tales órdenes (entre justicia y administración, entre éstas y legislación, entre ley y constitución, etc.), con lo que dentro de la realidad jurídico-pública surgen unos objetos autónomos

la división del trabajo, también la creciente complejidad del ordenamiento, añadida a la necesidad de hacer plenamente operativos los mandatos del legislador, ha impuesto la división de ese sofisticado todo jurídico en disciplinas de diversa extensión y alcance.

2. La fragmentación de las disciplinas y el ansia de una renovada sistematización

Es bien sabido que esa articulación sistemática, derivada, entre otras cosas, de la *summa divisio* entre Derecho público y Derecho privado, se ha mantenido sustancialmente firme durante un período de tiempo considerable, sin perjuicio del surgimiento y consolidación de nuevas materias, como ha sucedido, de manera destacada, con el Derecho del Trabajo, desde los comienzos del pasado siglo (7). Será, no obstante, en la segunda mitad de dicha centuria cuando el esquema, cabría decir, de "posiciones fijas" (Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho administrativo, Derecho penal, etc.) vendrá so-

---

que requieren tratamiento autónomo; por otro lado, al progreso en la precisión de los métodos jurídicos que proporcionó el instrumento gnoseológico adecuado para satisfacer las necesidades teóricas y técnicas".

(7) Época en la que podemos situar, de acuerdo con apreciaciones doctrinales ampliamente difundidas, el comienzo de la "modernidad" jurídica. Con esta fórmula nos referimos a una etapa de ordenación legislativa con pretensiones de totalidad, mediante la técnica (en la gran mayoría de los países) de la codificación; pero también supone la modernidad jurídica afinamiento de los métodos, de la sistemática y de los conceptos, de modo que frente a la tradicional visión acumulativa y desordenada precedente, se logre un ordenamiento jurídico claro, completo y sistemáticamente ordenado, sin demasiadas dificultades para su interpretación y aplicación. En ese ámbito se atribuye un papel determinante a la dogmática jurídica, entendida como técnica intelectual abstracta y autosuficiente, que opera mediante la combinación articulada de un repertorio delimitado de conceptos jurídicos. Este planteamiento del Derecho puede considerarse predominante a lo largo del siglo XIX y también en buena parte del pasado siglo XX. En este último, con todo, parece romperse, a juicio de algún autor (cfr. GROSSI, P., *El Novecientos jurídicos: un siglo posmoderno*, trad. esp., Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 16-19), con la visión del mundo jurídico como la esfera de la seguridad, entrando en lo que ese mismo autor ha calificado como una etapa "posmoderna", al romper, precisamente, con el método dogmático y conceptualista en el tratamiento del Derecho, plasmado de manera ejemplar, en el terreno de las fuentes, con los códigos.

metido a importantes tensiones, sobre la base de las necesidades sociales, por un lado, y de la creciente intervención legislativa, por otro.

No es el momento de adentrarse en esta temática, cuya continuidad en nuestros días, bien que incrementada, resulta notoria. Bastará con decir que las grandes categorías heredadas del positivismo y de la codificación han sufrido los embates de una intensa crítica, dirigida primariamente contra la propia idea de código, como formato jurídico ideal, y en beneficio de la especialización legislativa. El camino pluralista y, en buena medida, antisistemático iniciado con tal criticismo se encuentra en la base de la inseguridad actual sobre la pertinencia de esas mismas categorías. De este modo, asistimos al surgimiento progresivo de nuevos sectores jurídicos, a los que se denominó, en otra época, "Derechos informativos", los cuales, asentados en un variable *corpus* normativo, reclaman autonomía en lo que se refiere a sus principios fundadores y, por supuesto, a su tratamiento científico.

Se comprende que si resulta inestable en nuestros días la categoría básica (por ejemplo, el Derecho mercantil) de la que han surgido esos "Derechos informativos" (en nuestro caso, Derecho de sociedades, Derecho concursal, etc.), mayor inestabilidad acumularán algunos de ellos, afectados en demasiadas ocasiones por un prurito diferenciador sin fundamento específico o con apoyo en datos, a veces normativos, casi siempre sociales, de acusada fugacidad. Hacer operativo este amplio conjunto de disciplinas jurídicas, carente de toda articulación, se convierte, así, en una tarea tan obligada como difícil, que termina produciendo una especialización excesiva de los operadores jurídicos. Sobre la base de esta circunstancia, hoy ampliamente difundida en la mayor parte de las jurisdicciones, se difuminan las conexiones sustanciales entre las distintas disciplinas, con grave riesgo no sólo de la seguridad y certeza del Derecho, sino también de la integridad misma de la respuesta jurídica que el jurista está llamado a proporcionar.

Este conjunto de circunstancias, aquí expuestas de manera telegráfica, permite comprender la frecuencia con la que, desde instancias diversas, se postula y se promueve una nueva sistematización de las disciplinas jurídicas, con arreglo a criterios conceptuales y dogmáticos suficientemente sólidos y amplios. Uno de los mayores exponentes de esta orientación puede encontrarse en el reverdeci-

miento de la misma idea codificadora (8), como se deduce de numerosas experiencias, tanto internas como foráneas, acaecidas en las últimas décadas. Que algunos de esos códigos no hayan salido de la fase inicial de proyecto, como ha sucedido con el Anteproyecto de Código Mercantil en España, nada dice en contra de la reseñada tendencia.

Tampoco constituye una objeción relevante el hecho de que los "nuevos códigos", aun reuniendo los caracteres básicos que distinguieron a este formato jurídico desde el siglo XIX, no puedan gozar del prestigio de sus precedentes y se vean sometidos, entre otros factores de alteración, a una continua presión reformadora. El hecho cierto para muchos juristas, no obstante los claroscuros de nuestra época, es el ansia por una renovada sistematización que permita abarcar, al menos en sus fundamentos básicos, la dimensión institucional de las disciplinas jurídicas, entendidas no como categorías oscilantes, sino como elementos constantes de la realidad social. No se nos oculta que dicho afán –sin duda alentado por la nostalgia de un pasado tal vez idealizado– se enfrenta diariamente a críticas de diverso signo, con arreglo a las cuales este tipo de empresas intelectuales se encontraría abocada al fracaso o, cuando menos, a producir resultados de utilidad dudosa. La experiencia vivida por el Derecho mercantil –a cuyo tratamiento en Europa se dedican estas páginas–, con abandono en las últimas décadas de la reflexión doctrinal sobre su sentido y sus caracteres, muestra con toda claridad lo que se viene diciendo.

II. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

1. La continuidad histórica de la disciplina

El Derecho mercantil en Europa, al igual que en las restantes partes del mundo, refleja de manera especialmente ilustrativa las

(8) Véase *infra* nota 62, sin perjuicio de la alusión a muy diversos códigos, que tras la senda del singular código de comercio francés, del año 2000, sirven para dar nuevo impulso a la idea codificadora. El fenómeno va más allá, como es notorio, del Derecho mercantil, sin que, dadas las limitaciones del presente trabajo, sea preciso mayor detalle.

tendencias que se acaban de describir en apartados precedentes. Pero, a diferencia de otras categorías jurídicas de más moderna configuración, su análisis plantea dificultades añadidas derivadas de su acusada historicidad (9). Resulta indudable que todas las disciplinas jurídicas son históricas, en mayor o menor medida, eso sí; en el caso del Derecho mercantil, no obstante, su dilatado arrastre histórico y su vinculación inmediata con la realidad económica han condicionado significativamente la determinación de su contenido. Ello ha sido así hasta el extremo de que su regulación por la vía del código –en la mayoría de los países– no le ha atribuido un grado de fijeza equiparable al de otras materias jurídicas, haciendo problemática la fijación de su concepto, así como el establecimiento de una adecuada política jurídica para su renovación por vía legislativa (10).

No es posible analizar, en el marco de un trabajo breve y sintético como el presente, las muchas perspectivas que concurren a la hora de delimitar y comprender lo que sea hoy, en Europa, el Derecho mercantil. Y es que tal propósito exigiría tratar conjunta e integradamente aspectos diversos que van desde la vertiente puramen-

(9) Se trata de una afirmación común entre los juristas dedicados al estudio del Derecho mercantil; por muchos, en diferentes momentos y con intensidad igualmente diversa, véase Girón Tena, J., "El concepto de Derecho Mercantil", *Anuario de Derecho Civil* (en adelante, *ADC*) 1954, pp. 695 y ss., Ascarelli, T., *Lezioni di Diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 61, Raisch, P., *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatischen Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, Müller, 1965, Guyon, Y., *Droit des affaires. I. Droit comercial général et Droit des sociétés*, 8.ª ed., Paris, 1994, p. 11, Galgano, F., *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 24-26, con la bibliografía allí indicada.

(10) Por eso se ha dicho en la doctrina española (cfr. Girón Tena, J., *Tendencias generales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, Madrid, Civitas, 1986, p. 19) que "el concepto del Derecho Mercantil no es algo que es, sino que está siendo continuamente", queriendo indicar con esta idea que "la relación de funcionalidad entre materia regulada y especialidad jurídica de su tratamiento no puede ser forzada con un concepto ahistórico y atemporal fijado de una vez por todas". De ahí se deducen serias objeciones a la codificación de la disciplina, entendiendo por tal el planteamiento ideológico subyacente a la elaboración de códigos de Derecho mercantil a lo largo del siglo XIX. Sobre la codificación del Derecho mercantil, con planteamiento comparado, Eizaguirre, J. M.ª, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1987.

te legislativa, hasta la aproximación doctrinal, pasando por la contemplación directa de la realidad económica sobre la que pretende proyectarse nuestra disciplina, lo que no parece de fácil realización. Todo ello, además, sin perjuicio del relevante dato histórico, al que acaba de hacerse alusión como un rasgo distintivo del Derecho mercantil.

En tal sentido, no conviene ignorar, como se ha repetido con frecuencia, que una de las mejores maneras de acercarse a la comprensión de una materia jurídica como la que nos ocupa es la de buscar el *hilo de continuidad* derivado de su evolución histórica, a veces oscurecido u ocultado por los cambios legislativos, como sucedió de manera significativa en la etapa de la codificación (11). No se trata, en cualquier caso, de buscar una improbable identidad de contenido entre el viejo *ius mercatorum* medieval y el Derecho mercantil de nuestros días; el objetivo es, más bien, el de perfilar las razones que explican y justifican en cada época la existencia de un sector específico del Derecho privado inmediatamente dirigido, como regulación especial frente a la que es propia del Derecho civil, a ordenar el ejercicio organizado de la actividad económica en el mercado.

Hay, no obstante, algunos elementos cuya consideración puede servir para allanar las muchas dificultades de la tarea que nos incumbe, y que se deducen, de un lado, del mantenimiento en muchos países de un código de comercio, es decir, de una norma que pretende abarcar de manera plena y regular con precisión y rigor el contenido de dicha disciplina (12). No ignoramos, con ello, que los vigentes códigos de comercio han sido objeto de frecuentes modificaciones desde su entrada en vigor, sin perjuicio de diversos intentos, alguno exitoso y la mayoría frustrados, de elaborar un código

(11) En tal sentido, con especial relieve, Girón Tena, J., "El concepto de Derecho Mercantil", cit., *passim.*

(12) Bien parta, con criterio objetivo, del acto de comercio, como presupuesto para la aplicación de sus normas, bien lo haga, de acuerdo con la tradición histórica, de manera subjetiva, partiendo del comerciante. Para el estudio de la evolución histórica de esta última figura, desde la etapa codificadora, véase la poco conocida obra de Becker, A., *Die Entwicklung des Kaufmannsbegriffs im Sinne eines übergeordeneten Abgrenzungskriteriums für den persönlichen Anwendungsbereich handelsrechtlicher Vorschriften*, Münster, LIT Verlag, 2004.

de comercio nuevo, a la altura del tiempo presente. Por otro lado, la existencia misma de la Unión europea y su propósito de ordenar, de forma parcial y no sistemática, las relaciones derivadas del establecimiento de un mercado único, otorga al Derecho mercantil en el continente una buena dosis de semejanza, superando, incluso, las diferencias inherentes a los distintos caracteres, así como a la distinta evolución de los ordenamientos nacionales.

2. ¿Resulta pertinente hoy la reflexión dogmática sobre la naturaleza y caracteres del Derecho Mercantil? El ensayo como método

Conviene señalar, de acuerdo con lo indicado más arriba, que la reflexión sobre la razón de ser y el contenido del Derecho mercantil, de considerable importancia entre los juristas durante mucho tiempo, parece haber perdido su tradicional atractivo, tal y como cabe deducir de la escasez de publicaciones dedicadas a dicho asunto en los últimos años. La tendencia a una especialización extrema dentro de nuestra disciplina, con la conversión aparente de buena parte de sus elementos componentes en materias autónomas, puede ser, desde luego, una causa explicativa de lo que antecede. En tal sentido, la delimitación progresiva de nuevas disciplinas – de auténticos "Derechos informativos"- serviría para difuminar la perspectiva general en torno al Derecho mercantil, que quedaría convertido, a lo sumo, en un amplio contenedor de materiales jurídicos heterogéneos (13).

Pero además de esta razón objetiva, podríamos decir, la falta de reflexión sobre el sentido y el alcance del Derecho mercantil se explicaría, del mismo modo, por razones de orden metodológico; así, frente a una tradición conceptualista y dogmática, común a la mayor parte de los países de Europa, ha ganado terreno desde hace tiempo

(13) Más optimista, aunque no demasiado, es la opinión de Menéndez, A. (*Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 45), cuando habla de la posible desintegración del tradicional Derecho mercantil, gracias a "la sustitución de la «unidad del sistema» por un «sistema de unidades» de los sectores básicos de aquel Derecho".

una visión pragmática y funcionalista del estudio del Derecho (14), a la que concurren, además, otras ciencias, como la Economía y la Sociología, esencialmente, como medio para superar el "espléndido aislamiento" del jurista, ahora objeto de censura (15).

Bien por exceso de contenido, bien por justificación metodológica, reflexionar hoy sobre el Derecho mercantil en Europa, la cuna, si se quiere, de este tipo de planteamientos intelectuales, parece, por tanto, una empresa harto problemática, cualquiera sea el plano desde el que pretenda abordarse, e, incluso, un empeño doctrinal pasado de moda (16). Sobre la base de las mencionadas circuns-

(14) Conforme a la cual no se trata tanto de saber qué es el Derecho sino, sobre todo, para qué sirve. En el paso de la "naturaleza", o de la "estructura", a la "función", idea repetidamente expuesta desde el último tercio del pasado siglo (por muchos, Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoría del Diritto*, Bari, Laterza, 2007), se aprecia, entonces, el núcleo mínimo de los planteamientos funcionalistas, hoy verdaderamente frecuentes en el marco del Derecho Mercantil. Algunas precisiones sobre el "análisis funcional del Derecho", a propósito de la tutela del crédito en situaciones de concurso de acreedores, en Garrido, J. M.ª, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, en especial pp. 9-23. Y, en el marco del Derecho de sociedades, el conocido volumen AAVV, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, donde el funcionalismo termina siendo prácticamente absorbido por el análisis económico del Derecho.

(15) Cfr. Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., p. 179.

(16) Como lo demuestra la escasez, por no decir casi total ausencia, de bibliografía al respecto frente a una arraigada tradición de signo contrario que, con matices diversos según los países, se mantiene viva hasta el último tercio del pasado siglo, como acreditan los repertorios bibliográficos al uso. No es este el momento de examinar con detalle las razones explicativas de este notorio desinterés de los juristas por analizar o comprender el significado, en su caso, de la expresión "Derecho mercantil". Parece indudable, con todo, que, además de las razones jurídicas propiamente dichas, cabe alegar otras de diverso signo para explicar esta omisión. Entre ellas se encuentran, desde luego, la intensa tendencia a la especialización científica, quizá más acusada en otras ramas del saber que en el Derecho, aun siendo aquí relevante, sobre todo en los países menos propicios al tratamiento sistemático y conceptual de las disciplinas jurídicas. Pero también puede alegarse el ocaso, bien diagnosticado por filósofos de distinta orientación, de los "grandes relatos", entendiendo por tales las exposiciones generales y susceptibles de comprender todas las vertientes de una materia o disci-

tancias, cabría decir, incluso, que no existen los incentivos mínimos para iniciar tal empresa con la pretensión de concluirla felizmente, fórmula sin duda coherente cuando se pretende comprender el sentido y el alcance de una disciplina jurídica, como el Derecho mercantil, directamente vinculada con la ordenación de la realidad económica. Quien pretenda, por ello, afrontar este reto intelectual habrá de hacerlo *gratis et amore* o, de forma más coherente con nuestra materia, sin ánimo de lucro (17). Y ello, sobre todo, si se aspira a elaborar un completo tratado o, en su caso, una exhaustiva mono-

---

plina. También en el Derecho, y, por extensión, en el Derecho mercantil, predominaría una suerte de "pensamiento débil" (cfr. VATTIMO, G./ROVATTI, P. A. [eds.] *El pensamiento débil*, trad. esp., Madrid, Cátedra, 1990), que no sólo se manifestaría en la tendencia ahora examinada, sino, de manera especialmente intensa, en el amplio acogimiento, muchas veces acrítico, de metodologías surgidas extramuros del Derecho, como sucede en nuestro tiempo con el llamado "análisis económico del Derecho". Es evidente que la generalización de planteamientos metodológicos como éste no sólo conducen a soluciones singulares de muchos y diversos problemas jurídicos; al mismo tiempo, privan de legitimidad científica a planteamientos estrictamente derivados de la dogmática jurídica, entendidos por tales metodologías, como meros formalismos, sin contenido preciso, o como divagaciones ajenas a los problemas reales de la práctica.

(17) Como dice, de manera autobiográfica, SANTINI, G. (*Il commercio. Saggio di economía del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 21), a la hora de explicar el comportamiento, siempre desinteresado y por ello antieconómico, con el que elaboró un libro dedicado precisamente al estudio del modo de actuar de los operadores económicos, con vistas a conseguir un Derecho mercantil más moderno que el contenido en la legislación vigente en su país. Aunque esta obra, así como su continuadora *I servizi. Nuovo saggio di economía del diritto* (Bologna, Il Mulino, 1987), se alejen notoriamente, en el fondo y en la forma, de lo que fue común en la aproximación doctrinal al concepto de nuestra disciplina, nada quita para que su mención en este momento sea del todo pertinente; y es que, como se acaba de señalar, el análisis de la conducta concreta de los operadores económicos, con su significativo relieve jurídico, llevado a cabo por el autor citado es una tarea que no se agota en sí misma, sino que gracias a la reconstrucción tipológica de la realidad que con ella se consigue se sientan las bases para avanzar en la delimitación del Derecho mercantil del presente, evitando la traslación de ideas y nociones de otras épocas (cfr. al respecto las opiniones sostenidas por GALGANO, F., *Lex mercatoria*, cit., pp. 233-238). Se confirma, de este modo, la esencial dimensión histórica de nuestra disciplina y la imposibilidad de fijar, como señalaba GIRÓN (véase *supra* nota 10), un concepto de la misma de validez intemporal y, por ello mismo, ajeno a su evolución histórica.

grafía, objetivos intelectuales ajenos, por lo que parece, a quienes cultivan hoy el heterogéneo conjunto de materias cobijadas bajo la fórmula "Derecho mercantil" u otras equivalentes.

Algo similar, si bien a una escala mucho más reducida, podría decirse respecto de un trabajo, como el presente, que sólo pretende dar cuenta sumaria de algunas de las circunstancias relativas en nuestros días al contenido y al relieve intelectual del Derecho mercantil en Europa. Sentada, en todo caso, la necesidad de hacerlo y con el objetivo de lograr, aun mínimamente, un "efecto útil", conviene partir del carácter problemático de nuestra disciplina, antes indicado, viendo la manera de encauzarlo en sus diferentes planos. A tal fin, parece conveniente huir de una exposición puramente dogmática, próxima a la tradicional monografía erudita, optando por un tratamiento flexible y, si se quiere, más sencillo. El formato literario del *ensayo*, entendido como una reflexión teórica sobre un determinado asunto, dotada de una cierta urgencia y desprovista, por ello mismo, de las pruebas susceptibles de justificar las opiniones emitidas (18), se nos ofrece, entonces, como el preferible, dadas las considerables dificultades a que se enfrentaría un análisis de otro tipo. De este modo, quizá, puedan percibirse mejor las tendencias características de nuestro tiempo en el ámbito del Derecho mercantil, allanándose el camino para su modernización.

3. Esquema del presente trabajo

Con arreglo a este criterio (19) nos ocuparemos, entonces, de

(18) De acuerdo con la "sumarísima teoría del ensayo" expuesta por Laín Entralgo, P., "Cuatro ensayos de Ortega", en Ortega y Gasset, J., *Ensayos escogidos*, Madrid, Taurus, 1997, pp. 11-12. Desde otra perspectiva, véase Adorno, Th., *L'assaig com a forma* (trad. de Gustau Muñoz), Valencia, Universitat de València, 2004.

(19) Por el propósito de escribir un ensayo sobre el tema propuesto, de acuerdo con lo indicado en el texto, observará el lector que, no obstante la extensión de algunas notas, el aparato crítico utilizado no alcanza las dimensiones habituales entre los autores que se han ocupado de la materia, sin perjuicio de haber tenido en cuenta siempre aportaciones de acreditado valor científico. La mayor parte de ellas se ubican en el círculo jurídico latino por ser en este ámbito donde la reflexión sobre el concepto y las características esenciales del Derecho mercantil ha sido más persistente, sin perjuicio de su progresivo abandono en los últimos años. No se marginan

algunas de las cuestiones básicas que, en nuestro tiempo, caracterizan al Derecho Mercantil como disciplina jurídica. Esos asuntos, que van desde su misma denominación (III), hasta su ordenación normativa (V), pasando por la cuestión central de su contenido (IV), para arribar, finalmente, a la consideración de su naturaleza (VI), se contemplarán (20), de acuerdo con el método expositivo del ensayo, en el marco de lo que puede considerarse "patrimonio jurídico común" a la mayor parte de los países europeos. No parece necesario advertir que nuestra atención se centrará esencialmente en algunos de ellos, evitando tanto la concentración en el propio ordenamiento

---

con ello los planteamientos provenientes del círculo jurídico germánico, casi siempre formulados en épocas alejadas de la nuestra como consecuencia de la presencia insegura de que goza dicha materia en el *curriculum* de las disciplinas jurídicas. Algo similar, pero en menor escala, sucederá con los criterios predominantes en el ámbito anglosajón. En cualquier caso, conviene reiterar que el objetivo pretendido es el de "buscar líneas modélicas, no floresta puramente informativa" (Girón Tena, J., *Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual (Ensayo interdisciplinario)*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1985, p. 12). De este modo, no se pretende agotar –sería ilusorio– el tema objeto de estudio, ni tan siquiera sistematizarlo, ya que el presente trabajo, como mero ensayo que pretende ser, sólo tiene una finalidad exploratoria (cfr. Paz, O., *Hombres en su siglo*, Barcelona, Seix Barral, 1984, p. 98, a propósito de los caracteres del ensayo), sin propósito alguno –sería esfuerzo vano– de "colonizar" o, todavía menos, de "conquistar" la materia que nos ocupa.

(20) No se nos oculta que el propósito de separar aspectos estrechamente conectados entre sí, a fin de conseguir algo de claridad sobre su significado, tiene algo de artificial, pues obliga a sustantivar cuestiones seguramente accesorias, al tiempo que implica inevitables repeticiones. Eso sucede, en particular, con motivo de la consideración separada de la denominación y del contenido de nuestra disciplina. Con todo, parece preferible esta orientación que un tratamiento aglutinante, susceptible de traer más confusión a una materia de por sí difícil y complicada. Al fin y al cabo, como advirtió el gran romanista Schulz, F. (*Principios de Derecho Romano*, cit., pp. 39-40), siguiendo a Ihering, la ciencia jurídica es un "arte de separar". Y, continúa el autor citado, "es verdad que no se puede negar el peligro de que cuanto ha sido separado con fines de un estudio completo permanezca, sin más, aislado y que se pierda de vista el conjunto, el «vínculo espiritual». Sin embargo, si la jurisprudencia quiere ofrecer algo más que una descripción, no puede prescindir del arte de separar".

(en este caso, el Derecho español), como la reflexión especulativa y descomprometida, ajena al Derecho positivo y a la misma realidad empresarial.

Sin perjuicio, por todo lo expuesto, de centrar la atención en los caracteres del Derecho mercantil de nuestro tiempo, convendrá señalar que los temas objeto de tratamiento son, hasta cierto punto, "constantes históricas" de esta disciplina jurídica, como consecuencia –ya se ha advertido– de su esencial historicidad, pero también de la notoria similitud con la que se pueden contemplar en diferentes etapas históricas. La continuidad del Derecho mercantil, entendida, sobre todo, como hecho real y efectivo y no sólo como aspiración doctrinal, vendría a ser un elemento más de la imprescindible continuidad del Derecho, del ordenamiento jurídico, algo sólo posible si la sociedad que lo alberga asume, como criterio regulador, cabría decir, una pretensión semejante (21).

(21) Lo que no evita, claro está, la producción de discontinuidades, de diferente alcance e intensidad, susceptibles de quebrar o distorsionar la propia existencia de la sociedad. Para precisar, en todo caso, lo que puede significar la "promoción de la continuidad", esbozada en el texto como propuesta relevante, desde luego, para nuestra disciplina, puede ser útil la siguiente reflexión debida a un filósofo español (cfr. Ortega y Gasset, J., *La idea del teatro y otros escritos sobre teatro* [edición de Antonio Tordera], Madrid, Biblioteca Nueva, 2009, pp. 216-217): "Continuar no es quedarse en el pasado ni siquiera enquistarse en el presente, sino movilizarse, ir más allá, innovar, pero renunciado al brinco y al salto y a partir de la nada; antes bien, hincar los talones en el pasado, despegar desde el presente y *pari passu*, un pie tras otro adelante, ponerse en marcha, caminar, avanzar. La continuidad es el fecundo contubernio o, si se quiere, la cohabitación del pasado con el futuro, y es la única manera de no ser reaccionario. El hombre *es* continuidad, y cuando discontinúa y en la medida en que discontinúa es que deja de ser hombre, renuncia a sí mismo y se vuelve otro –*alter*-, es que está alterado, que en el país ha habido alteraciones. Conviene, pues, poner a éstas radicalmente término y que el hombre vulva a ser sí mismo, o como se suele decir, con un estupendo vocablo que sólo nuestro idioma posee, que deje de alterarse y logre ensimismarse".

III. LA DENOMINACIÓN "DERECHO MERCANTIL"

1. La continuidad terminológica

La fórmula "Derecho mercantil" constituye, como sucede en tantas otras ocasiones a propósito de dicha materia, una nueva circunstancia histórica y dispone de términos equivalentes en todos los países, incluidos aquellos en los que la disciplina carece de autonomía legislativa, como Italia y, en menor medida, Suiza (22), por la unificación del Derecho privado, o que se encuentra absorbida por el Derecho común, como es el caso del Reino Unido (23). Desde el viejo *ius mercatorum*, circunscrito, como es sabido, al comercio, hasta el Derecho mercantil de nuestros días, comprensivo de un amplio círculo temático, la variación semántica es apenas relevante. Ello se debe, desde luego, a la siempre pretendida continuidad histórica, pero quizá también se explique por el conocido conservadurismo de los juristas, deseosos de evitar la innovación continua en el ámbito del Derecho por temor a reducir o lesionar la imprescindible seguridad jurídica, añadiendo confusión a la actividad de los ciudadanos y los operadores económicos.

Esa continuidad terminológica, no obstante sus indudables ventajas, puede traer consigo los mismos o similares problemas que se pretenden evitar con el mantenimiento de la fórmula, "Derecho mercantil", de indudable eco arcaizante. Tal cosa sería consecuencia, desde luego, del desajuste entre su forzado mantenimiento y el heterogéneo conjunto de materias que se cobijan hoy bajo dicha denominación; pero también de otras cuestiones, como su ordenación normativa, ciertamente compleja, con estratos de diferente naturaleza, o su variada implantación territorial, donde se entremezcla el

(22) La vitalidad del Derecho mercantil, con esta denominación, es notoria en ambos países, como acredita la amplísima bibliografía existente en Italia y, en menor medida, en Suiza, quizá debido, en este último caso, a la influencia en buena parte de su doctrina de ciertos paradigmas propios del Derecho alemán.

(23) Véase, por muchos, el clásico trabajo de SCHMITTHOFF, C., *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, 2.ª ed., London, Sweet and Maxwell, 1981. Últimamente, CORAPI, D., "Diritto commerciale comparato", *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obligazioni* (en adelante, *Riv. Dir. Com.*) CXIV, 2016, pp. 167-181.

Derecho mercantil "nacional", ceñido a cada Estado, con el Derecho mercantil "global" (mejor que internacional) o con el elaborado por organizaciones supranacionales, como la Unión europea.

Seguir hablando hoy de "Derecho mercantil" puede parecer, así, anacrónico, por el hecho de concentrar el calificativo de una disciplina vasta y heterogénea sobre uno de sus elementos integrantes. La realidad del comercio, por sí sola, parece insuficiente para justificar un tratamiento jurídico específico, como ya resultó evidente en la etapa codificadora; y las razones de continuidad histórica –en este momento restringidas a la denominación– no parecen suficientes para su mantenimiento. Por ello, en los países que mantienen la denominación, de acuerdo seguramente con la inercia antes señalada, quizá haya una buena dosis de "valor entendido", como en la vieja letra de cambio; es decir, una magnitud no tangible, no real, y a pesar de ello eficaz, operativa, en tanto no se consiga una mejor…

2. Las tendencias innovadoras

Por tales circunstancias, se puede entender con facilidad el propósito de buscar una denominación de nuestra disciplina más acorde con el tiempo presente y, sobre todo, con su contenido. También aquí, como en la etapa codificadora, puede mencionarse la destacada iniciativa que corresponde a los países europeos, aunque, en la mayoría de los casos, no haya ido acompañada por el éxito, en el sentido de haber hecho posible la plena sustitución de la fórmula "Derecho mercantil" por alguna de las nuevas diseñadas al efecto. Y es que, incluso en los países más innovadores al respecto, el propósito de eliminar –por inadecuada– la denominación tradicional de nuestra disciplina o, al menos, subsumirla dentro de otras más amplia y actual, no ha traído consigo su desaparición efectiva, aunque, en ciertos casos, haya reducido significativamente su alcance.

A fin de ilustrar las tendencias innovadoras en el terreno que nos ocupa, me referiré brevemente a la situación de dos países europeos, Alemania y Francia, donde encontramos algunas propuestas interesantes al respecto. Por lo que se refiere a Alemania, puede afirmarse sin dificultad que la fórmula "Derecho mercantil" (*Handelsrecht*), no obstante su relevante tradición histórica y legislativa, resulta hoy de uso limitado, tanto por la doctrina como en la práctica económica. Su contenido, por otra parte, no es de especial

amplitud, en tanto que comprende, de acuerdo con la normativa codificada, el estatuto del comerciante, denominación tradicional que se conserva, sin perjuicio de la amplia variedad de supuestos que le es propia, así como la regulación de los contratos mercantiles (*Handelsverträge*) (24). Ello es así, tras la importante reforma legislativa del Código de comercio alemán (HGB) llevada a cabo a finales del siglo pasado (25), y a pesar de algunos destacados intentos doctrinales de reorientar el Derecho mercantil alemán sobre la base de la doctrina de la empresa (26), como ha sido habitual en otros países europeos.

Dado, entonces, el papel limitado que, al margen de otras cuestiones, cabe atribuir en Alemania al Derecho mercantil, se comprende el recurso a otras fórmulas, como la de "Derecho de la empresa" (*Unternehmensrecht*), "Derecho económico" o "Derecho de la Economía" (*Wirtschaftsrecht*), con alcance científico, docente e institucional diverso en el país germánico. Así como el Derecho de la empresa se sitúa en una órbita próxima a la del tradicional Derecho mercantil, sin constituir, por ello, una noción sustitutiva del mismo (27), el Derecho de la Economía aparece ubicado, como denominación de una materia jurídica, en otro plano. Ello no impide afirmar

(24) El grueso de las materias que, en los países latinos, se integran todavía dentro de la categoría "Derecho Mercantil", como las sociedades o los títulos-valor, suelen ser objeto en Alemania, desde antiguo, de tratamiento independiente, como acredita la abundancia de manuales y obras de alcance general dedicados monográficamente a su estudio.

(25) Al respecto, en España, Muñoz Paredes, J. M.ª, "El concepto de comerciante en el Derecho Alemán tras la reforma de 1998", *Revista de Derecho Mercantil* (en adelante, *RDM*), 238, 2000, pp. 1411-1478.

(26) Cfr. Schmidt, K., *Handelsrecht. Unternehmensrecht I*, 6.ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns, 2014, quien considera al Derecho Mercantil como "el Derecho privado externo de las empresas". Su criterio, con todo, resulta minoritario en Alemania; al respecto, véase el planteamiento crítico de Zöllner, W., "Wovon handelt das Handelsrecht?", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (en adelante, *ZGR*), 12, 1983.

(27) Al respecto, véase, además de la nota anterior, Flume, W., *Um ein neues Unternehmensrecht*, Berlin, –New York, Walter de Gruyter, 1980 (reimpreso en 2012), y Bidlinski, F., *Handels– oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht*, Berlin-New York, 1990. La referencia a este último autor, austríaco de nación, tiene especial interés por cuanto ya en este siglo

la existencia de zonas relativamente amplias de coincidencia entre ambas disciplinas; pero al igual que en el caso del Derecho de la empresa, y con mayor razón, tampoco aquí se puede individualizar una materia sustitutiva del Derecho mercantil.

Y es que la reseñada circunstancia se debe, sobre todo, al carácter transversal del Derecho de la Economía, en donde al lado de aspectos propios del Derecho privado aparecen otros vinculados con el Derecho público, en el marco de las relaciones entre el Mercado, como ámbito prioritario de la actividad económica, y el Derecho. Así lo atestigua una destacada bibliografía –algo menguante en los últimos años– que se inserta, por lo demás, en una tradición que se extiende en Alemania hasta los comienzos del pasado siglo (28).

El caso de Francia muestra algunos elementos similares en cuanto al objetivo de superar la tradicional denominación "Derecho mercantil", pero tiene caracteres propios, que lo alejan del ejemplo alemán. Para empezar, conviene decir que la fórmula "Derecho mercantil" [*Droit commercial* (29)] se encuentra viva y operante en el país, como demuestra no sólo la bibliografía, todavía abundante en fechas recientes, sino, sobre todo, la realidad práctica; en ella los operadores jurídicos, incluyendo tanto a los tribunales como a la doctrina, no parecen apartarse demasiado en el día a día de lo que ha sido común en el pasado a propósito de su interpretación y aplicación, y se siguen preguntando por la distinción entre Derecho civil y Derecho mercantil, así como por los elementos que determi-

---

el Derecho mercantil austríaco parece haber avanzado, tras una relevante reforma legislativa, hacia una visión más empresarial de su contenido, en línea con otros países europeos.

(28) Gracias a las obras de Hedemann, J. W., *Grundzüge des Wirtschaftsrechts* (Mannheim, Bensheimer, 1922) y *Deutsches Wirtschaftsrecht. Ein Grundriβ* (2.ª ed., Berlin,. Junker und Dünnhaupt, 1943). Con posterioridad, y correspondiendo a distintas etapas de la evolución del Derecho de la Economía en Alemania, véanse, entre otros, los libros de Reich, N., *Markt und Recht. Theorie und Praxis des Witschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied/Darmstadt, Luchterhand, 1977 y, por último, Rittner, F./Dreher, M., *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht. Eine systematische Darstellung*, 3.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2007.

(29) Quizá fuera interesante preguntarse el habitual mantenimiento de esta terminología (no sólo francesa sino también italiana) en numerosos países iberoamericanos.

nan la mercantilidad de los actos jurídicos (30), lo que resulta, por su intensidad y su frecuencia, un fenómeno seguramente único en Europa (31).

Con todo, no es ésta la única referencia que interesa a propósito de la denominación "Derecho mercantil" desde la perspectiva francesa. También aquí encontramos intentos ya suficientemente contrastados de conseguir una fórmula más adecuada a la época

(30) Al respecto, entre otros muchos, y en diferentes etapas que llegan desde la mitad del pasado siglo hasta nuestros días, véanse los trabajos de LYON-CAEN, G., "Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* (en adelante, *RTDcom*), 1949, pp. 577 y ss., LEFEBVRE, D., "La specificité du droit comercial. Réflexions sur la place tenue en droit privé par le droit commercial par rapport au droit civil", *RTDcom*, 1976, pp. 301 y ss., MARTY, J. P., "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine", *RTDcom*, 1981, pp. 681-702, ASSELAIN, M, *La distinction des actes civils et de commerce: contribution à l'étude du concept de commercialité*, thèse, Université Bordeaux, 1998, y últimamente BRIGNON, B. "Conséquences de la commercialité des actes", *RTDcom*, 2015, pp. 671-685, donde se reivindica la concepción objetiva del Derecho Mercantil sobre la base de los actos de comercio. Este mismo autor señala que si bien la cuestión de la mercantilidad de los actos puede parecer anticuada o en desuso es, sin embargo, esencial. Y ello porque permite determinar la competencia judicial con independencia de la condición de las partes, en primer lugar, y porque, además, permite aplicar un régimen jurídico concreto, tal y como se pone de manifiesto en su trabajo, a propósito de algunos laudos arbitrales recientes. No faltan, con todo, quienes ven en peligro no sólo la denominación "Derecho mercantil", sino también su misma existencia como disciplina jurídica; al respecto, cfr. CABRILLAC, M, "Vers la disparition du droit commercial", en *Jean Foyer, auteur et législateur. Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, pp. 329-339.

(31) No quiere decirse con ello que ese debate resulte ajeno a otros países europeos, sobre todo si son del ámbito jurídico latino y disponen –como es usual– de Código de comercio. Pero si se compara la situación francesa, brevemente descrita en el texto, con la de un país como España, grandemente influido por el Derecho francés en la etapa moderna y contemporánea, se advertirá cómo se ha diluido esa preocupación entre los mercantilistas, de modo que su notoriedad y relieve hasta bien entrada la década de los ochenta del pasado siglo ha derivado en la casi total ausencia de publicaciones al respecto. Ese resultado ha coincidido, por otra parte, con el incremento de la atención de la doctrina española dedicada al estudio del Derecho mercantil a otros ordenamientos europeos, sin perjuicio de la progresiva influencia ejercida por el Derecho de Estados Unidos.

presente. Y en el caso de Francia la expresión ha sido "Derecho de los negocios" (*Droit des affaires*), fórmula amplia, no del todo bien precisada, pero que constituye una referencia obligada cuando se intenta comprender el conjunto heterogéneo de materias correspondientes, en la actualidad, al histórico Derecho mercantil. Aunque no se trata de una denominación única ni exclusiva, ya que, en ocasiones, se la hace equiparable a otras, como "Derecho de la Economía" o "Derecho de la empresa", no puede decirse que con ella se produzca una situación equivalente a la que se acaba de observar en Alemania con la primera fórmula. El Derecho de los negocios francés es, esencialmente, Derecho privado y la adopción de dicha terminología, por lo que se deduce de la amplia bibliografía existente al efecto, no tiene otra finalidad que la de encontrar un elemento sustitutivo idóneo para el Derecho mercantil a la altura del tiempo presente (32).

IV. EL CONTENIDO DEL DERECHO MERCANTIL

1. De la periferia al núcleo

Desde la periferia del Derecho mercantil, es decir, desde su denominación, hemos de avanzar hacia su núcleo, o sea, su contenido, propiamente dicho, con la finalidad de comprender, en lo posible, su significado y alcance en nuestros días (33). Como ya ha habido

(32) A partir de la contribución del prof. René Savatier, la denominación "Derecho de los negocios" constituye una constante en la bibliografía francesa. Entre los tratados o manuales al respecto puede mencionarse ahora, entre otros muchos, Savatier, R./Savatier, J./Leloup, J. M., *Droit des affaires*, 4.ª ed., Paris, Sirey, 1974, AAVV, *Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise. Études à la mémoire du Doyen Pierre Azard*, Paris, Cujas, 1980, Guyon, Y., *Droit des affaires. I. Droit commercial général*, cit. (la última edición conocida, la 8.ª, es de 2001), citado más arriba (véase nota 9), Blaise, J. B., *Droit des affaires*, 5.ª ed., Paris, LGDJ, 2009. Últimamente, sobre la necesidad de reducir la complejidad normativa de esta disciplina jurídica, Lecourt, B., "Réflexions sur la simplification du droit des affaires", *RTDcom*, 2015, pp. 1-29.

(33) Con ser importante conseguir suficiente claridad a la hora de saber cómo ha de denominarse una determinada disciplina científica, resulta evidente que el principal problema no es de su rotulación o título, circuns-

ocasión de señalar, es cierto que las breves reflexiones dedicadas a la denominación aplicable a nuestra materia no se han restringido a cuestiones puramente formales, como si la labor de identificar con la mayor nitidez posible un sector del ordenamiento jurídico se limitara a ser un mero juego lingüístico sin contacto alguno con la realidad. Al mismo tiempo, se habrá advertido que el debate sobre la denominación de la disciplina, característico, con distinto alcance, del pasado siglo (34), es inseparable de su contenido, objeto de ampliación progresiva en dicha época. No parece dudoso, entonces, el propósito de encontrar la debida correspondencia entre ambas magnitudes; y si en una de ellas (el contenido o núcleo), cabe apreciar un intenso dinamismo, en la otra (el nombre o periferia) sólo encontramos una continua sucesión de propuestas diversas, formuladas, por lo general, de manera descomprometida.

Parece evidente, por ello, que la ansiada correspondencia no ha terminado de lograrse, sin que el momento presente ofrezca perspectivas seguras en tal sentido. Este resultado, indudablemente insatisfactorio, no ha traído consigo, como a primera vista hubiera

---

tancia que, con plena intención, hemos identificado con su "periferia", sino, más bien, el de su contenido. Otra cosa es, por supuesto, el mantenimiento de su denominación histórica, por las razones que en seguida se verán a propósito del Derecho mercantil, en el bien entendido de que es inútil "querer transferir a la rotulación toda la problemática interna de la disciplina" (cfr., a propósito de una materia tan compleja como la Historia de las religiones, Álvarez de Miranda, Á., *Mito, religión y cultura* [edición de Andrés Ortiz Osés], Barcelona, Anthropos, 2008, pp. 6-7).

(34) Porque en las etapas anteriores, incluso durante buena parte de la codificación, no se discutía el nombre que debía atribuirse a la disciplina jurídica dedicada a regular, desde una vertiente de especialidad respecto del Derecho civil, los supuestos y las relaciones derivadas de la actividad profesional de los comerciantes. Con todo, pertenece sustancialmente a este ámbito y a dicha época la matización doctrinal al nombre de los códigos que encontramos en casi todos los países que se sumaron al proceso codificador; con ella se puso manifiesto la inexactitud de promulgar, a la altura del siglo xix, un Código de "comercio", cuando la actividad industrial ya había dejado de ser incipiente. Se trata de la distinción entre comercio "en sentido económico", como actividad económica específica que hizo surgir el *ius mercatorum* y más modernamente el Derecho mercantil, y comercio "en sentido jurídico", comprensivo de todas las actividades que pretendían regir los nuevos códigos, no obstante la evidente estrechez significativa de su denominación.

podido pensarse, el abandono de la denominación tradicional y su reemplazo por alguna fórmula de las mencionadas en el apartado anterior. El mantenimiento, por ello, del nombre histórico "Derecho mercantil", no obstante su progresivo desajuste con la realidad material que intenta comprender, puede explicarse, como en tantas otras ocasiones en la historia jurídica, por razones, a la vez, de comodidad y de seguridad. De comodidad, de una parte, porque con su uso se simplifica el complejo problema del que la mencionada denominación constituya un mero epifenómeno, sin correspondencia sustancial en su base; de seguridad, en segundo lugar, porque hablar de Derecho mercantil en lugar de otros nombres alternativos da más garantías de certeza y de estabilidad tanto a los operadores jurídicos como a las instituciones.

Si aceptamos, como conclusión seguramente inevitable, que la denominación "Derecho mercantil" es, como en la vieja letra de cambio, una suerte de "valor entendido", no obstante sus evidentes problemas de realización (o quizá por eso mismo), resulta obligado preguntarse por su concreto contenido. Y ello, no con la finalidad de enumerar en este trabajo los que, a la altura de nuestro tiempo, puedan considerarse sus elementos integrantes. La tradicional historicidad de la disciplina, como sabemos, constituye un obstáculo insuperable a cualquier intento conceptualista que se dirija a tal fin; pero tampoco es sencillo encontrar el hilo de la continuidad histórica que permita ofrecer, en el momento presente, una descripción suficientemente nítida y completa de su contenido. Entre la tentación acumulativa, que prescinde de todo planteamiento sistemático y ordenador, y la exageración dogmática, que aísla y abstrae una determinada fase de la vida jurídica, no parece dudoso que haya de optarse en el tema que nos ocupa por un planteamiento sincrético, con la debida prioridad, eso sí, de la sucesión histórico-jurídica.

A tal fin, y en vez de debatir estérilmente sobre si esta o aquella materia forman parte y con qué efectos del Derecho mercantil, entendemos más conveniente aproximarnos al "centro organizador" de la disciplina, desde el comercio originario hasta la empresa, como noción esencial a lo largo del siglo xx en buena parte de los países de Europa. Esta idea del "centro organizador" es el modesto tributo a la necesaria consideración de la disciplina desde una perspectiva sistemática, frente a la tentación acumulativa y desordenada antes aludida. Pero el Derecho mercantil, tanto histórico como presente,

se resiste a ser tratado de manera satisfactoria con criterio sistemático equivalente al que, con buenos frutos, se ha empleado en otras materias, ciertamente diversas, como, por ejemplo, el Derecho civil, el Derecho penal o el Derecho administrativo. No parece posible dividir, con el arbitrio que supone todo intento sistemático, el Derecho mercantil en una "parte general" y en una "parte especial"; no lo permitía, desde luego, el comercio, ni tampoco lo ha hecho posible la empresa. Quizá ello se deba a que el comercio o la empresa no son instituciones "exclusivas" del Derecho mercantil, como lo pueden ser, con los debidos matices, el delito para el Derecho penal o la Administración pública para el Derecho administrativo.

2. La empresa como "centro organizador" del Derecho Mercantil en el siglo XX

Superado el comercio, ya en la etapa codificadora, como "centro organizador" de la disciplina, la empresa ha venido a ocupar su lugar, con matices y diferencias que no son del caso ahora, en buena parte de Europa. Su función como elemento "estabilizador", cabría decir, del Derecho mercantil, en lo que se refiere a su ordenación normativa, a su tratamiento científico, así como (*last but no least*) en el terreno de la resolución de los conflictos mercantiles por los tribunales, ha sido verdaderamente relevante. Este balance positivo no impide constatar la insuficiencia de la empresa como exclusivo elemento delimitador de nuestra disciplina en el sentido de conseguir que se articulen a su alrededor las diferentes y heterogéneas piezas que se insertan hoy en su ámbito.

Sin tiempo ahora para profundizar en la empresa, tanto desde la vertiente económica (35) como en su significado jurídico (36), interesa destacar, esencialmente, su papel como elemento decisi-

(35) Por muchos, SALAS, V., *El siglo de la empresa*, Bilbao, Fundación BBVA, 2007, con la amplia bibliografía allí mencionada.

(36) Que debe al jurista suizo Karl WIELAND (*Handelsrecht*, I, 1.ª ed., München Leipzig, 1921; hay reimpresión de 1983) su conversión en elemento central de nuestra disciplina. Dentro de la doctrina española, merece destacarse ahora el trabajo de GIRÓN TENA, J., *Apuntes de Derecho Mercantil. La Empresa (1)*, Madrid, Universidad Complutense, 1977-1978, así como la más reciente aportación de GONDRA, J. M., "La estructura jurídica de la empresa", *RDM*, 228, 1998, pp. 493-592.

vo para la estructuración ordenada del material jurídico-mercantil. Gracias su conversión en lo que aquí hemos llamado "centro organizador" del Derecho mercantil, lo que sucede –como es notorio- en la primera mitad del pasado siglo, ha sido posible superar la anticuada ordenación de su contenido, poniendo las bases para una sistematización más moderna. Así ha sucedido, desde luego, con la vertiente relativa a la titularidad de la empresa o, si se prefiere, con las cuestiones propias de su organización jurídica, tradicionalmente integradas en el régimen de las sociedades, objeto de profundo y amplio desarrollo a lo largo del siglo pasado.

Pero el hecho de partir, en términos generales, de la empresa y de su titular jurídico, sin perjuicio del mayor relieve de las personas naturales y las sociedades mercantiles, ha permitido expandir las fronteras del Derecho mercantil, integrando a nuevos sujetos susceptibles de merecer, en su caso, la calificación de empresarios. Así sucede, desde hace una considerable porción de tiempo, con el Estado y los entes públicos en particular, al margen de su concreta configuración jurídica y de su variable protagonismo en la realidad económica, de acuerdo con las orientaciones predominantes en cada época (37). Por otra parte, lo mismo puede decirse de ciertas personas jurídicas, como las fundaciones, habitualmente alejadas de la esfera jurídico-mercantil, por su carencia de ánimo de lucro, y cuya progresiva inserción en el mercado mediante el ejercicio va-

(37) Que han fluctuado, y seguramente seguirán haciéndolo en el futuro, entre las más favorables a la intervención directa del Estado y sus distintos entes en la actividad económica, con argumentos generalmente basados en consideraciones de orden social y político, y su contundente rechazo, de acuerdo con criterios económicos, por lo común derivados de la idea de eficiencia. El hecho de que desde las últimas décadas del pasado siglo nos encontremos en una etapa dominada por el segundo criterio, iniciada con una política generalizada de privatización de las empresas públicas, no ha de entenderse, de hecho, como algo necesariamente irreversible ni tampoco como si las instituciones públicas (sobre todo estatales, pero también supranacionales) carezcan de todo relieve en la vida económica. Aunque algunos de los más fervientes patrocinados de la *deregulation* y la globalización así lo crean y lo propongan con el mayor énfasis, parece lejano el momento de que la actividad económica –hoy habitualmente asignada a sujetos y entes privados– quede al margen de toda regulación y, por tanto, de la intervención pública, entendida como conjunto de criterios ordenadores de la misma.

riable de actividades económicas, permite, en ocasiones, calificarlas como auténticos empresarios. Se trata, con todo, de una orientación no plenamente consolidada, dadas las diversas circunstancias concurrentes en tales sujetos, derivadas, tanto de su propia naturaleza jurídica, como del tratamiento, a veces contradictorio y casi siempre insuficiente, que de las mismas hace el Derecho (38).

Del mismo modo, también la empresa ha permitido atraer al ámbito del Derecho mercantil a ciertos bienes y relaciones jurídicas, a veces situados de manera no bien fundamentada en otras disciplinas, o incluso surgidas al margen de toda clasificación sistemática (39). Es el caso, por lo que se refiere a los primeros, de los llamados bienes inmateriales, tradicionalmente integrados en la llamada propiedad industrial (40). Fue, precisamente, el sustantivo empleado, referido al modo y alcance de la titularidad que sobre los mismos se podía ejercer, el vínculo que permitió su inserción en el Derecho civil, como un ejemplo llamativo del sector denominado, con equívoca facilidad, "propiedades especiales". El hecho de que el titular de una patente o de una marca dispusiera sobre estos bienes inmateriales de una posición exclusiva tutelada por el Derecho permitía, con aparente fundamento, su tratamiento dominical.

---

(38) Y ello, con independencia de los países que consideremos, lo que no impide afirmar la existencia de diferencias significativas entre los ordenamientos a la hora de contemplar el ejercicio permanente de actividades económicas por parte de personas jurídicas como las fundaciones, tanto desde la perspectiva mercantil como de la tributaria, tan relevante en todos los asuntos referidos a las fundaciones. Es común, no obstante, la ausencia de una regulación suficiente del asunto, basada en criterios de política jurídica claros y firmes. Por otra parte, parece evidente que no basta con el tratamiento del problema en los ordenamientos nacionales, a la vista de los intentos, hoy parece que "hibernados", por crear una forma jurídica de fundación europea, superando los obstáculos derivados de las fronteras nacionales y con una orientación no precisamente favorable a que la misma desarrolle actividades económicas en el mercado.

(39) Para lo que sigue, nos permitimos remitir al lector a Embid Irujo, J. M., "En torno a la delimitación del Derecho Mercantil contemporáneo", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, IV, Córdoba-República Argentina, 2000, pp. 17 y ss.

(40) Véase, al respecto, el completo y sugerente tratamiento de Ghidini, G., *Profili evolutivi del Diritto industriale*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 2015, y la amplísima bibliografía allí citada.

Sin perjuicio, por ello, de tales consideraciones, es lo cierto que la exclusiva atribuida al titular de un bien de esta naturaleza no agota su potencial, a la vez, jurídico y económico. Y es que cuando nos referimos, de manera conjunta, no obstante sus acusadas diferencias, a una patente o una marca (por limitarnos a los más característicos), no estamos contemplando un bien inerte, que "está ahí" para que su titular lo use a su antojo, sin plan alguno y para funciones de preferente relieve doméstico y privado. Se trata, al contrario, de bienes cuyo empleo adquiere todo su sentido en el marco de una explotación empresarial, a la que sirven mediante la innovación industrial que toda regla inventiva hace posible, así como gracias a la capacidad diferenciadora inherente a la marca respecto de los productos y de los servicios elaborados por la propia empresa.

3. El progresivo relieve del mercado

De otra parte, conviene reparar en que la titularidad de los bienes inmateriales o, más propiamente, su uso exclusivo proyecta a la empresa, por su relieve competitivo, hacia el mercado, lo que implica atraer al Derecho mercantil un sector jurídico ajeno a su tradición histórica, como es el Derecho de la competencia, en su doble vertiente, antitrust y de represión de la competencia desleal. Las considerables diferencias existentes entre ambas ramas, una de instrumentación jurídico-pública y del alto relieve económico, como el Derecho protector de la libre competencia; otra, fundada sobre el ilícito extracontractual con las particularidades exigidas por la lealtad competitiva, no impiden afirmar la identidad del bien jurídico tutelada por las dos, como es la propia competencia. Su inserción en el ámbito del Derecho mercantil no ha estado exenta de dificultades, sobre todo en lo relativo al Derecho antitrust, si bien el mercado como marco de actuación de la empresa y su inmediata articulación por aquél, han sido los elementos que la han hecho posible, sobre todo en los países, como España, donde la disciplina ha adquirido mayor tamaño (41).

(41) Cfr., sobre estas cuestiones, Font Galán, J. I./Miranda Serrano, L. M., *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Por último, y dando plena continuidad a las materias insertas en el núcleo originario del Derecho mercantil, hay que referirse, bajo el amplio nombre de "relaciones jurídicas", a todos aquellos negocios e instrumentos que, casi siempre sobre la base de la amplia libertad concedida por el principio de la autonomía de la voluntad, integran lo que podríamos denominar el "tráfico externo de la empresa". En este ámbito, no hay, en principio, graves problemas sistemáticos para ubicar las nuevas figuras jurídicas dentro de nuestra disciplina; por lo general, tales innovaciones vienen a sumarse al repertorio de las posibilidades negociales de las empresas, sin perjuicio de que, en bastantes ocasiones, dejan sin efecto a figuras con amplia trayectoria histórica o, cuando menos, modulan o matizan su alcance y su preciso relieve en ese tráfico externo.

Es este último dato, con todo, el que permite poner de manifiesto, de nuevo, la conexión de la empresa con el mercado; y no sólo por razón de su ya advertido carácter "externo", sino porque, sobre todo, el mercado incide significativamente en la articulación concreta de los nuevos negocios e instrumentos. En este sentido, además de la correspondiente novedad, el mercado les otorga, y casi les exige, una orientación "supraindividual", de modo que se nos muestran no como figuras jurídicas aisladas, sino como elementos de un todo jurídico complejo, en el que los elementos negociales, a veces mediante el encadenamiento de contratos, no son sino un elemento más del *package deal* concretamente suscrito.

Con estas referencias sumarias a algunos de los sectores, clásicos o modernos, que integran el Derecho mercantil de nuestros días puede apreciarse la significativa modificación experimentada por lo que aquí venimos denominando "centro organizador" de la disciplina. Olvidado por completo el comercio a tal efecto, no puede decirse que la empresa haya desaparecido de dicho ámbito o que, de otra manera, se haya convertido en un mero eslabón histórico, dentro del curso evolutivo de la materia jurídico-mercantil, superado por los acontecimientos. Manteniéndose su relieve para la delimitación de nuestra disciplina, parece evidente que el mercado ha asumido un papel destacado, aunque no exclusivo, a tal efecto (42). Más allá de las notorias semejanzas lingüísticas con el nombre

(42) Algo de esto puede verse en algunos de los tratamientos jurídicos más recientes sobre la empresa, en donde al lado del estudio de esta figura

de la materia (43), el mercado permite entender no sólo aquéllos sectores del Derecho mercantil vinculados directamente con su regulación y funcionamiento, como puede ser, sobre todo, el Derecho de la competencia, sino también otras ramas, como las relativas a la organización interna de la empresa y su tráfico externo; ambas cuestiones, en nuestros días, no son el resultado exclusivo de la determinación unilateral de la propia empresa, sino, en buena medida, la consecuencia inexorable de las exigencias que el propio mercado, como ámbito de radicación de la empresa, impone (44).

V. LA ORDENACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO MERCANTIL

1. El predominio de la ley y su progresiva complejidad

En esta rápida reflexión sobre el Derecho mercantil del tiempo presente en Europa, resulta ineludible aludir, tras las referencias sintéticas efectuadas sobre su denominación y sobre su contenido, al crucial asunto de su ordenación normativa. Sin entrar en honduras de teoría general del Derecho, impropias de esta sede, parece innecesario recordar que el Derecho, como quería Ihering, está ahí "para realizarse", por lo que mal podría cumplir ese destino inexorable sin el sustento de un suficiente repertorio normativo, siempre necesitado, por otra parte, de cuidadosa elaboración hermenéutica

---

comparece como elemento necesario la referencia al mercado o, quizá mejor, a los mercados, pues es notoria la existencia de regulaciones singulares de algunos de ellos dotados de especial relevancia (bancario, de seguros, etc.) Al respecto, véase, en la doctrina italiana, AAVV, *Diritto delle Imprese [Manuale breve]*, Milano, Giuffrè, 2012, especialmente pp. 331 y ss., a propósito de los principales mercados regulados.

(43) Cuyo indudable relieve no puede ser, con todo, sobrevalorado.

(44) El vínculo del Derecho mercantil con el mercado, evidentemente no exclusivo ni excluyente, dado el relieve de este último para numerosas disciplinas jurídicas, no constituye, si se mira bien, una novedad absoluta de nuestro tiempo. Ya en el siglo XVI señalaba agudamente Benvenuto Straccha, cuya importancia para el estudio y la evolución de nuestra disciplina no precisa de énfasis alguno, que el mercado era "la patria común de todos los mercaderes" (*apud* MUÑOZ PLANAS, J. M., *Defensa y elogio de Juan de Hevia Bolaños: primer mercantilista español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2000, p. 13).

e inmediata aplicación. Al margen ahora de estos dos imprescindibles momentos, resulta obligado detenerse, aun con la brevedad impuesta al presente trabajo, en el modo de llevar a cabo la indicada ordenación normativa de nuestra disciplina; dicho de otra manera, se trata de contemplar cuál o cuáles son los vehículos de expresión, en su caso, de los criterios ordenadores idóneos para la resolución de los conflictos derivados del ejercicio de la actividad económica organizada en el mercado.

La cuestión tiene considerable importancia, como pone de manifiesto, una vez más, la evolución histórica de nuestra disciplina, en la que al amplio predominio de la costumbre, a través de los usos del comercio, ha sucedido el imperio de la ley (45). Y todo ello, naturalmente, con el permanente elemento sustentador de la autonomía de la voluntad, con relieve, no obstante diverso, según la época y el sector concreto de la disciplina que se considere. Teniendo esta circunstancia a la vista, tampoco parece dudosa la progresiva pérdida de relieve de la costumbre entre las fuentes del Derecho mercantil, sin perjuicio de su presencia, casi testimonial, en los códigos vigentes en muy diversos países. A ese declinar de los usos, entendidos, al menos, en su manifestación tradicional (46), ha acompañado el protagonismo creciente y casi absoluto de la ley, como fuente del Derecho mercantil. Conviene señalar de inmediato que bajo tal término entendemos no tanto o no sólo la forma de manifestación de una determinada regulación normativa, sino el modo de producción del Derecho característico de entidades de naturaleza pública, bien sean puramente nacionales, bien tengan dimensión supranacional.

---

(45) Sobre la costumbre mercantil, recientemente, HELLWEGE, Ph., "Handelsbrauch und Verkehrsitte", *Archiv für die civilistische Praxis* (en adelante, *AcP*), 214, 2014, pp. 853-887.

(46) No conviene, con todo, exagerar la afirmación efectuada en el texto, teniendo en cuenta la posibilidad de que sea la costumbre el "vehículo" de ingreso en nuestra disciplina, o en sectores concretos de la misma, de fenómenos nuevos, aparentemente ajenos al Derecho, pero dotados de una notable repercusión jurídica. Es el caso, entre otros, de la llamada "responsabilidad social corporativa", cuya actualidad no resulta necesario destacar; al respecto, sobre la posible formación de una costumbre en la materia, EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el* soft law, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2016, pp. 90-93.

Es también característico de la etapa de predominio de la ley, extendida a lo largo del pasado siglo, el hecho de su progresiva relativización; queremos indicar con tal término la creciente rapidez con la que una norma legal era (y es) derogada o, cuando menos, completada y matizada por otra u otras posteriores. De este modo, el Derecho mercantil "legislado" se ha terminado por alejar del modelo expresivo –sencillo y sintético– característico, por ejemplo, de los códigos decimonónicos, para convertirse en un repertorio normativo amplísimo, heterogéneo y muchas veces contradictorio, de no fácil interpretación y puesta en práctica. Por decirlo con metáfora vegetal, del "jardín francés", homogéneo y ordenado, que representaban, en apariencia, los códigos, hemos pasado a una "frondosa selva", llena de distintas especies normativas, cuya coexistencia resulta complicada, como la realidad de los distintos ordenamientos nos muestra a diario.

Si se tiene en cuenta, por otro lado, que buena parte de esa legislación mercantil, con matices relevantes, según momentos y sectores, suele estar integrada, desde el último tercio del pasado siglo, por normas de naturaleza imperativa, se comprenderá la mayor rigidez experimentada por buena parte de las instituciones integrantes del Derecho mercantil. Esta circunstancia, puesta de manifiesto con especial relieve en algunas de sus principales materias, como el Derecho de sociedades, se encuentra en la base de algunas alteraciones significativas en lo que aquí venimos llamando "ordenación normativa" de nuestra disciplina, que continúan estado de plena actualidad en el momento presente. Entre esas alteraciones se encuentra, con ya considerable antigüedad, la formación autónoma del Derecho del comercio internacional, merced a instrumentos diversos (cláusulas-tipo, condiciones generales de la contratación, etc.), que ha desembocado en lo que universalmente se conoce como nueva *lex mercatoria* (47). Se trata de un fenómeno que permite enlazar la realidad presente con el origen histórico del Derecho mercantil, gracias al protagonismo extraordinario de la libertad contractual,

(47) Al respecto, entre otros muchos, Schmitthoff, C., *Select Essays on International Trade Law* (edición de Chia-Jui Cheng), Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988; Goldmann, B.,"Lex Mercatoria", *Forum International*, 3, 1983, pp. 1-24, más recientemente, las consideraciones sintéticas de Galgano, F., *Lex Mercatoria*, cit., pp. 239-256 y 284-287.

sin perjuicio de la labor de organismos internacionales como, sobre todo, UNCITRAL.

2. El protagonismo creciente del Derecho blando (*soft law*)

Más significativos son otro tipo de cambios en lo que atañe a la regulación de las distintas materias de nuestra disciplina, como son los que se deducen del recurso creciente a instrumentos característicos del llamado *soft law*. Esta técnica, que aquí denominaremos "Derecho blando", se aplica, como es bien sabido, no sólo en el Derecho mercantil, pero adquiere especial relieve en algunos de sus sectores, como el Derecho de sociedades, a través de los llamados "códigos de buen gobierno" de las sociedades cotizadas, o el Derecho de la competencia, merced a recomendaciones provenientes de las autoridades de supervisión, como, de manera singular, sucede con la Comisión de la Unión europea.

Es común a todo Derecho blando, aunque ello resulte sorprendente, la ausencia de carácter vinculante de sus reglas, las cuales, en esencia, no pasan de ser meras recomendaciones dirigidas a sus potenciales destinatarios (48). Es a éstos a quienes corresponde la función decisiva de seguirlas o no, quedando sometidos, en caso de inobservancia, a un mero deber de explicar al mercado correspondiente los concretos motivos de su conducta. Al margen de la paradoja que este planteamiento sigue provocando en los juristas formados en la tradición positivista, resulta indudable su "vigencia", si cabe utilizar tal término, y su utilización generalizada, para ciertos supuestos, en casi todos los ordenamientos. Quienes promueven esta forma de regulación destacan su flexibilidad, su adaptación a la realidad concreta que pretenden contemplar, así como el riesgo de pérdida de reputación en el mercado que la inobservancia de sus recomendaciones puede producir para quien la cometa (49).

---

(48) No se trata, por ello, de Derecho dispositivo; al respecto, MÖSLEIN, F., *Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methode*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

(49) En relación con el Derecho de sociedades y del mercado de valores, véase, con perspectiva internacional, HOPT, K. J., *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de valores* (trad. esp.), Madrid, Marcial Pons, 2010.

No es posible entrar ahora en la discusión, de sesgo filosófico-jurídico, sobre los caracteres del, así llamado, Derecho blando y la exactitud, en su caso, de la denominación empleada. Más eficaz es destacar su continuidad y su coexistencia con el Derecho firme, no obstante las notorias diferencias que les separan. Esta circunstancia, no deseada por quienes, desde el análisis económico del Derecho patrocinaron la generalización del Derecho blando y la consiguiente eliminación o reducción del Derecho firme (50), obliga al jurista interesado en el Derecho mercantil a contemplar de manera simultánea ambos cuerpos normativos, con el fin de atender debidamente a las instituciones y figuras sobre las que recaen de manera conjunta. El sector, en concreto, de las sociedades cotizadas es, por ello, uno de los que permitirá poner a prueba el tratamiento conjunto del Derecho blando y del Derecho firme, operación intelectual no sencilla, pero seguramente ineludible (51).

---

(50) En lo que se refiere, sobre todo, a las normas de naturaleza imperativa. La clave para la ordenación normativa del Derecho mercantil se identificaría, entonces, con la idea de "autorregulación", entendida no sólo, al modo clásico, como aplicación directa de la libertad contractual por los particulares, sino también como mecanismo ordenador indirecto merced a las recomendaciones del Derecho blando. De este modo, y en lo que atañe de manera particular al Derecho de sociedades con el importante asunto del gobierno corporativo (*Corporate Governance*), la autonomía de la voluntad se limitaría a ser el elemento receptor de la autorregulación previamente establecida en los códigos de buen gobierno. Podría hablarse, por ello, de autorregulación "inducida", sin perjuicio, claro está, de que las sociedades destinatarias de tales recomendaciones pudieran matizarlas, desarrollarlas y completarlas en sus concretos estatutos. La crisis económica y financiera ha modulado algunos de estos planteamientos y, como se indica en el texto, ha permitido destacar la notoria exageración contenida en algunas de las manifestaciones derivadas del análisis económico del Derecho. Existe una notoria coincidencia entre los analistas sobre el influjo que la ausencia de un adecuado tratamiento normativo del *Corporate Governance* ha tenido en la producción y desarrollo de la crisis; al respecto, Embid Irujo, J. M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, Comares, 2013, pp. 76 y ss. De interés es, asimismo, el breve y ponderado trabajo de Tombari, U., "Diritto azionario, *corporate governance* ed «analisi económica del diritto»: verso il ridimensionamento di una egemonia culturale", *Rivista di Diritto Societario* (en adelante, *RDS*), 3, 2014, pp. 389-397.

(51) Algo de esto se intenta en Embid Irujo, J. M., "La codificación del gobierno corporativo", *RDBB*, 140, 2015, pp. 11-41. desde la concreta rea-

VI. LA NATURALEZA DEL DERECHO MERCANTIL (A MODO DE CONCLUSIÓN)

1. Premisa

La rápida semblanza sobre algunos de los aspectos centrales del Derecho mercantil llevada a cabo en este trabajo no quedaría mínimamente articulada sin hacer alusión, como vertiente final, al tema de su naturaleza. Como la reflexión dogmática sobre el concepto de la disciplina, también el análisis que ahora se propone puede considerarse inserto en una orientación intelectual poco apreciada en nuestro tiempo, por su carácter aparentemente abstracto o especulativo, sin utilidad, por ello, para responder a buena parte de las cuestiones que muchos juristas tienen hoy por más urgentes. Al fin y al cabo, con la referencia a la naturaleza se trata de determinar qué es nuestra disciplina *como Derecho*; contestar esta pregunta exige, claro está, disponer de conceptos claros y distintos sobre lo que signifique el adjetivo "mercantil", como presupuesto ineludible. El jurista, con todo, no puede detenerse en la mera averiguación de su contenido, con las dificultades, ya vistas, que son propias de dicha tarea. El propósito es, más bien, enlazar la materia objeto de regulación con la perspectiva ordenadora, racionalizadora y equitativa propia secularmente del Derecho. Sólo de esa confluencia, variablemente realizada a lo largo de la historia, surge la posibilidad misma de toda disciplina jurídica y, por supuesto, también del Derecho mercantil.

---

lidad del gobierno corporativo en España. Salvando todas las distancias, los resultados que se obtuvieran en ese análisis integrador podrían trasladarse a otros sectores del Derecho mercantil en los que se produjera la misma confluencia de Derecho firme y Derecho blando en el tratamiento y regulación de sus correspondientes figuras. Conviene destacar en este punto la necesidad de contar con normas de Derecho blando provenientes de entidades privadas, cuyo relieve en nuestro tiempo no puede ser subestimado en sectores como, por ejemplo, el publicitario; al respecto, COUPET, C., "Les normes d'origine privée. Réflexions à partir des recommandations de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité et du code AFEP-MEDEF", *RTDcom*, 2015, pp. 437-454, cuyo análisis puede ser útil a propósito, entre nosotros, de la actividad desarrollada por Autocontrol.

2. El tratamiento doctrinal del Derecho mercantil (*excursus* metodológico)

Hablar del Derecho mercantil como Derecho (52), según se acaba de hacer, a la hora de contemplar el difícil problema de su naturaleza, puede resultar obvio desde una perspectiva clásica, sin perjuicio de que no lo sea tanto, para muchos juristas y para otras profesiones interesadas en nuestra disciplina en los últimos años. En efecto, y según se ha apuntado en algunos apartados del presente trabajo, la existencia de metodologías de aproximación al Derecho (y no sólo al mercantil, aunque con especial repercusión en él), e incluso de estudio del mismo en clave puramente económica constituye desde hace tiempo una realidad ineludible, con influencia no desdeñable en su ordenación normativa y, sobre todo, en su tratamiento doctrinal.

No es una novedad que el jurista especializado en Derecho mercantil haya de tomar en consideración los datos derivados de la realidad económica, así como otras circunstancias de diverso orden susceptibles de influir en el desenvolvimiento y aplicación práctica de sus instituciones. También aquí la historia de la disciplina corrobora lo que venimos diciendo, al atribuirle un sentido más realista y menos abstracto, obligando a sus cultivadores jurídicos a asumir

(52) Nos permitimos utilizar esta fórmula, quizá demasiado enfática, rememorando y parafraseando a la vez el título de la aportación magistral de García de Enterría, E., "El Derecho Constitucional como Derecho", *Revista de Derecho Político*, 15, 1982, pp. 7-19. El contexto polémico que dio lugar a dicho trabajo quizá permita, no obstante las diferencias de diverso orden existentes, extraer alguna enseñanza para nuestra materia, con el fin de evitar la eliminación del rigor y la técnica jurídicas, habitualmente asociadas al positivismo y a un cierto formalismo, y su sustitución por metodologías carentes de instrumentos adecuados para el análisis de los problemas que, propiamente, deben llamarse jurídicos. En este sentido, conviene aludir a un reciente apunte del gran civilista italiano IRTI, N. ["Sulla «positività ermeneutica» (per Vincenzo Scalisi)", *Rivista di Diritto Civile* (en adelante, *Riv. Dir. Civ.*), LXII, 2016, pp. 923-928], reivindicativo de la "positividad" como medio de luchar contra el, así llamado, "oportunismo metodológico", es decir "un pasar, según tiempos y conveniencias, de una a otra orientación, o combinarlas o mezclarlas en productor híbridos utilizables en todos los congresos y en todas las oposiciones". Con carácter más genérico, Grossi, P., *Ritorno al Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

un punto de vista, con motivo de su tratamiento, menos dogmático del que ha caracterizado, por lo común, a otras disciplinas, señaladamente el Derecho civil. Por otra parte, la aparición en el pasado siglo de perspectivas nuevas, como la del Derecho de la Economía, a la hora de enfocar la realidad social tradicionalmente adscrita al Derecho mercantil, ha venido a consolidar esa orientación clásica.

El fenómeno al que me refiero ahora es, con todo, otro; se trata, más bien, de que las nuevas corrientes metodológicas (entre las que destaca el análisis económico del Derecho) pretenden, sí, comprender y renovar el ordenamiento jurídico con la metodología propia de la Ciencia económica, bien que entendida de un modo singular y restrictivo. Se aspira con ello a desplazar la metodología jurídica (53), cualquiera sea su forma u orientación (puramente positivista, valorativa, analítica, hermenéutica, etc.) y su aspiración, más o menos intensa, a la realización de la justicia. En su lugar se colocarán la eficiencia como objetivo (54) y la autorregulación como método, sin entrar ahora en matices incompatibles con las posibilidades de este trabajo.

Aun habiendo merecido críticas severas por parte de numerosos juristas (55), la metodología de corte económico ha conseguido ocupar un lugar relevante en las discusiones de los últimos años, influyendo, incluso, en la forma de ordenar normativamente nuestra disciplina, gracias, sobre todo, al desarrollo del Derecho blando. No parece, con todo, que esa indudable importancia le haya atribuido una posición dominante en la escena doctrinal, aunque resulta patente su relieve gracias a una extensísima bibliografía, común a la mayor parte de los países, así como a su presencia en numerosos

(53) Quizá como un ejemplo más de la tendencia, propia de nuestro tiempo, de predominio de la técnica, con una nueva llamada de silencio, en este caso a los juristas (cfr. Marramao, G., "El crepúsculo de los soberanos: Estado, sujetos, derechos fundamentales", en Cruz, M./Vattimo, G. (eds.), *Pensar el siglo*, Madrid, Taurus, 1999, p. 104.

(54) Al respecto, Eidenmüller, H., *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3.ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

(55) Por lo que a la doctrina española se refiere, véase, por muchos, Gondra, J. M.ª "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (A propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la eficiencia económica)", *RDM*, 226, 1997, pp. 1545 y ss.

centros universitarios como instrumento relevante para la formación de los juristas. Y parece, del mismo modo, que algunas de sus categorías conceptuales, unidas a una cierta forma de orientar el razonamiento y el análisis jurídico, han pasado a integrarse en el acervo básico de conocimientos del jurista interesado en o atraído por el Derecho mercantil (56).

Interesa destacar en este momento que, conforme a su tradición histórica, pasada y reciente, una disciplina denominada "Derecho mercantil", con los caracteres y contenidos antes esquemáticamente expuestos, no puede marginar a la realidad económica sobre la que se proyectan sus instituciones y en la que adquieren su pleno sentido (57). Sentado este criterio, parece igualmente importante acentuar la autonomía y la trascendencia del método jurídico para conseguir la funcionalidad social que sólo al Derecho compete. La asunción de estos objetivos es patente en el Derecho mercantil de nuestro tiempo, lo que sin mengua de un enriquecedor pluralismo a la hora de "construir" las instituciones mercantiles permite afrontar con cierta seguridad el problema de su naturaleza.

---

(56) Sin perjuicio de señalar, a renglón seguido, que las teorías y modelos formulados por los patrocinadores del análisis económico del Derecho son, en esencia, elaboraciones abstractas que se fundan en hipótesis no necesariamente correspondientes con los hechos de la realidad (cfr. CORAPI, D., "Diritto commerciale comparato", cit., p. 175, con cita del jurista inglés Roy GOODE).

(57) Para confirmar una idea tan obvia, bastará con remitirnos a las opiniones vertidas en su día por alguien tan calificado como el jurista alemán Justus Wilhelm HEDEMANN, fundador, como es bien sabido, de la disciplina jurídica llamada, precisamente, Derecho de la Economía. A juicio de este autor (cfr. *Deutsches Wirtschaftsrecht.* cit., p. 2; también, aunque menos conocida, su obra *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. Ein Bild deutscher Praxis*, Jena, Gustav Fischer, 1929), hay una correspondencia esencial entre Economía y Derecho, de modo que la primera necesita al segundo, en tanto que el Derecho ha de "consagrarse" a la Economía. Por tal motivo, su aspiración, al promover un "Derecho de la Economía", será configurar una disciplina auténticamente jurídica, cuyo elemento central consistirá en comprender desde el Derecho el significado de las distintas realidades analizadas. La trascendencia de estas consideraciones para el Derecho mercantil, por su carácter evidente, no necesita de mayores comentarios.

3. El Derecho mercantil, entre la especialidad respecto del Derecho civil y la plena autonomía institucional

Cuando se trata de averiguar, aunque sea sumariamente, la naturaleza del Derecho mercantil como Derecho, según se acaba de indicar, resulta de inapreciable valor, una vez más, buscar en su trayectoria histórica las razones o motivos para su surgimiento y consolidación. En este sentido, es habitual, desde hace mucho tiempo, considerarlo como un *Derecho especial*, cuyo nacimiento se explica por la insuficiencia o inadecuación del Derecho común (civil) para tratar ciertos fenómenos de la realidad social y económica necesitados de una consideración normativa particular (58). Ese carácter de Derecho especial explica, desde luego, algunos de sus rasgos característicos, fundamentalmente vinculados con su habitual inserción en el Derecho privado y con su (relativa) dependencia de la regulación común contenida en el Derecho civil.

Este criterio encontró en la etapa codificadora una amplia acogida, como consecuencia del tratamiento separado, en sus respectivos códigos, del Derecho civil y el Derecho mercantil, y el mantenimiento del primero como "elemento de sustentación" del segundo, a la hora de contemplar sus fuentes reguladoras. Gran parte de las instituciones reguladas en ambos disponían de un doble tratamiento, básico o fundamental, además de más extenso, por lo común, en el Código civil, y más circunscrito a problemas específicos el característico del código de comercio Se entiende, por ello, que uno de los problemas fundamentales para la plena operatividad de este último fue el de fijar con precisión cuándo una compraventa o un préstamo, por ejemplo, merecían la calificación de mercantiles, a fin de aplicar la específica regulación contenida al efecto en el código de comercio, sin perjuicio, por supuesto, de la permanente concurrencia como "elemento de sustentación", del Derecho común o civil (59).

(58) Sobre la materia, recientemente, DURAND, V., *Le droit commun et le droit spécial*, thèse, Paris II Panthéon-Assas, dactyl., 2011.

(59) En este sentido, puede verse lo que sigue diciendo el art. 2 del código de comercio español, algunos de cuyos problemas interpretativos, como el de los usos del comercio, siguen ocupando a la doctrina, sin perjuicio de algunas novedades, como las tensiones derivadas de la existencia de varios Derechos civiles en España, algunos de los cuales se han desarrollado extraordinariamente en las últimas décadas.

Este problema, como sabemos, sigue manteniendo parte de su vigor tradicional, como consecuencia, esencialmente, de la persistencia en muchos países de la doble codificación, civil y mercantil, así como de la calificación del Derecho mercantil como Derecho especial. Con todo, el tiempo transcurrido desde aquella etapa ha permitido confirmar la idea de la mayor riqueza institucional de nuestra disciplina, así como la progresiva separación de algunas de sus figuras de cualquier precedente civil. La permanente necesidad de que la regulación mercantil atienda adecuadamente las nuevas figuras surgidas en el tráfico explica esa mayor riqueza institucional, que hunde sus raíces, una vez más, en la historia y en la historicidad de la disciplina, como es bien sabido (60). Y, en este mismo plano, el mercado se convierte, con su progresiva consolidación como elemento de referencia del Derecho mercantil, no sólo en ámbito idóneo para el desarrollo de las nuevas figuras, sino, sobre todo, en motor determinante de su mismo surgimiento.

Se trata, con todo, de un fenómeno complejo, a la vista de que también el mercado, a lo largo del pasado siglo, se ha convertido, como también sabemos, en objeto permanente de regulación, dando como resultado, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, la inserción en el Derecho mercantil, de elementos propios del Derecho público. La idea misma, expresada en páginas anteriores, de un "Derecho de la Economía", refleja nítidamente este complejo campo de fuerzas, sometido en su evolución a criterios y orientaciones distintas, en ocasiones, incluso, contrapuestas, con especial acento en la necesidad de incrementar la transparencia y la información (61). No parece equivocado sostener, por ello, la reducción del elemento jurídico-privado en el seno del Derecho mercantil contemporáneo, circunstancia que ha llevado, incluso, a hablar de la "desprivatización" de su contenido (62). Y es que la creciente presencia de inte-

(60) Desde la letra de cambio y los contratos bancarios hasta la sociedad anónima o la sociedad de responsabilidad limitada, por limitarnos a las creaciones institucionales de mayor raigambre en el Derecho mercantil, resulta notoria la mayor capacidad innovadora de esta disciplina, y el alejamiento progresivo de las nuevas figuras del tronco común configurado, en el Derecho Privado, alrededor del Derecho Civil.

(61) Últimamente, Montalenti, P., "L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi", *Riv. Dir. Civ.*, LXI, 2015, pp. 779-802.

(62) Así, en España y con especial énfasis, Girón Tena, J., *Tendencias*

reses generales derivados de la regulación del mercado, así como el protagonismo de autoridades administrativas de supervisión del mismo (63), entre otras circunstancias, acentúa y confirma la mencionada orientación.

Con independencia de los muchos matices que habrían de formularse a esta singular toma de posición, parece evidente que, en nuestros días, tanto en Europa como en otras latitudes, no resulta fácil seguir manteniendo el cómodo calificativo de "Derecho especial" para nuestra disciplina. O, al menos, mantenerlo con la misma intensidad y alcance que han sido característicos durante tanto tiempo. La idea de la doble regulación sigue conservando, en cualquier caso, un elemento de exactitud, si bien la evolución institucional del Derecho mercantil, gracias al relieve del mercado, a la creación de figuras y supuestos propios y carentes de paralelo en el Derecho civil, y a la reconfiguración de su contenido con arreglo a intereses en muchas ocasiones colectivos obligan a modificar el punto de vista tradicional o, cuando menos, a modularlo.

No hay una expresión lingüística que permita agrupar sintéticamente los diversos estratos (64) que hoy conforman la disciplina

actuales y reforma del Derecho Mercantil, cit., pp. 104-127. Relacionada, en parte, con esta orientación, cabría plantearse la hipótesis de si el Derecho mercantil "desprivatizado", influido por la Economía y con una incesante evolución derivada de o determinada por la propia realidad del mercado, podría expresarse normativamente bajo la forma de código. La opinión dominante se ha inclinado, en apariencia, por la respuesta negativa, lo que no ha impedido la existencia de tendencias codificadoras de diverso signo respecto de nuestra disciplina, algunas exitosas, sobre la base de la unificación del Derecho privado, como es el caso de Argentina (al respecto, AAVV, *Cuestiones mercantiles en el código civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, Fundación para la investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, 2016) y otras que han quedado paralizadas, al menos por el momento, como es el caso del Anteproyecto español de Código Mercantil, aprobado en 2014, según ha habido ocasión de indicar en el texto.

(63) Con matices, según las materias y los países, quizá fuera mejor hablar de diversas "Autoridades" de supervisión, como consecuencia de la pluralidad de mercados. De este modo, tales Autoridades administrativas dispondrían de competencias delimitadas en función, precisamente, del mercado sobre el que hubieran de ejercer la respectiva actividad de vigilancia.

(64) Sobre los diferentes estratos de la realidad jurídica, véase la obra clásica de Cesarini Sforza, W., *El Derecho de los particulares* (trad. esp. de José Calvo González), Madrid, Civitas, 1986, pp. 59 y ss.

todavía denominada, en muchos países, "Derecho mercantil" (65); sí es claro, con todo, que la pregunta por su naturaleza, en la Europa del siglo XXI, no puede ser respondida en los términos de claridad y sencillez característicos de etapas anteriores. Sería posible afirmar, en tal sentido, que el Derecho mercantil vive, por doquier, un *presente incierto*, fórmula que no ha de ser entendida de manera negativa o, simplemente, crítica (66); más bien la debemos contemplar como una posibilidad abierta hacia la mejor comprensión de una parcela del ordenamiento, por ello, estrictamente jurídica, encargada de comprender y regular con criterio de justicia el sector de la realidad social delimitado por el ejercicio organizado de la actividad empresarial en el mercado. Y a tal efecto, resulta necesario reivindicar el valor que para el estudio y desarrollo de una disciplina jurídica tiene el *método comparativo*, que en el marco de una materia como el Derecho mercantil, distinguida por su historicidad y por su universalismo, adquiere relevancia decisiva (67).

(65) O expresión equivalente, según la lengua empleada en cada caso, claro está.

(66) Véase, de manera particular, EMBID IRUJO, J. M., "El presente incierto del Derecho de sociedades", *RDM*, 272, 2009, pp. 453-482.

(67) Por muchos, últimamente, CORAPI, D., "Diritto commerciale comparato", cit., pp. 174-181.

LA SENTENCIA AZIZ (TJUE C-415/11) Y SUS IMPLICACIONES PARA EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA (1)

Ana Fernández-Tresguerres
Notaria de Madrid.
Letrada Adscrita a la DGRN.
Consejera editorial de la Revista jurídica del Notariado

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

II. LA SENTENCIA AZIZ
1. La situación preexistente a la sentencia
2. El supuesto de hecho
3. Presupuestos relevantes en la resolución
4. ¿Qué estableció la sentencia Aziz?

III. CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA HIPOTECARIO Y EN GENERAL EJECUTIVO ESPAÑOL

IV. POSTERIORES CUESTIONES PREJUDICIALES
1. Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo
A) La sentencia (y Auto aclaratorio) del Tribunal Supremo
B) Actuaciones jurisprudenciales posteriores
C) La STJUE de 9 de diciembre de 2016
1. Interposición de las cuestiones prejudiciales
2. Las conclusiones del Abogado General

(1) Texto extendido de la ponencia presentada por la autora en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo), el día 2 de junio de 2016, en el marco del Seminario "*Reestructuración empresarial y Derecho de la Competencia*", organizado por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

3. Consecuencias
4. *Por fin, la STJUE de 9 de diciembre de 2016*
2. La aplicación de los intereses de demora, vencimiento anticipado y reintegración del contrato
A) Aplicación de los intereses de demora y reintegración del contrato.
B) Vencimiento anticipado y reintegración del contrato
C) Criterios jurisprudenciales para la reintegración del contrato
D) La cuestión prejudicial planteada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (8.2.2017)
3. Ejecución de créditos cedidos
A) Las cuestiones planteadas
B) Perspectiva civil de la cesión de créditos
C) La perspectiva procesal
4. Otras cuestiones planteadas
A) Permuta financiera. Seguimiento de la Comisión europea

V. LAS SUCESIVAS REFORMAS LEGALES: RDL 1/2017, DE 20 DE ENERO

VI. TÍTULOS EXTRAJUDICIALES
1. Importancia práctica
2. Integración del título ejecutivo notarial
3. Ejecución extrajudicial

VII. PROYECCIÓN DE FUTURO: LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE
1. La directiva 2014/17/UE
2. Su trasposición

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La crisis económica que se padece en España desde el año 2008 ha provocado, a la vez, una particular crisis en el concepto *garantía hipotecaria*. Una muestra evidente es la disminución de su valor en relación al concurso en las últimas reformas de la ley con-

cursal, especialmente el R D L 11/2014 y Ley 9/2015, que convalida y modifica la norma (2).

Adicionalmente, cabe aludir a la *ruptura normativa de la ejecución* en base a la apreciación de cláusulas abusivas, materiales y procesales, por los órganos judiciales. La última fase a causa de las cesiones –primera y sucesivas– de créditos a fondos y titularizaciones (3).

En esta situación, la inexistencia de un marco jurídico adecuado que permita en la celebración de los contratos de préstamo y crédito un efectivo control de transparencia –conocimiento individualizado y razonable del cláusulado en condiciones generales, que permita identificar en el contexto una cláusula abusiva– es un elemento clave para la evolución futura del negocio crediticio y particularmente del hipotecario.

2. Mucho tiene que ver en ello que no se le atribuyan a los notarios un papel más activo y regulado a fin de hacer efectivamente dicho control a la vez que se les exija un mejor ejercicio de sus funciones evitando eventuales clientelismos a los que curiosamente contribuye el propio Tribunal Supremo al establecer el carácter abusivo del abono del coste profesional por el cliente (STS de 23 de septiembre de 2015).

Por ello, debe hacerse una profunda reflexión sobre los fallos de un sistema hoy por hoy en conflicto permanente. Ciertamente, a esto ha contribuido la capacidad política de reacción ante la avalancha de desahucios de los pasados años que, como se demostró, en nada ha beneficiado a los acreedores y que por el contrario, tanto ha perjudicado a la sociedad en su conjunto.

La realidad es que a día de hoy, tras varias reformas legislativas derivadas de la *sentencia Aziz,* conformadas por las leyes 1/2013, 8/2013; RDL 11/2014; 9/2015; 19/2015, 25/2015 y 42/2015, RDL

(2) Debe tenerse presente la importancia del sector inmobiliario en España, que llegó a alcanzar en 2007 casi el cuarenta por ciento del PIB nacional y que tras un muy importante ajuste prevé crecimientos mantenidos en los próximos años. *Vid.* https://www.bbvaresearch.com. Previsión mantenida del 3 por ciento, 2017 y 2018.

(3) *Vid.* entre otras sentencias del Juzgado de primera instancia de Fuenlabrada de 6 de marzo de 2015.

1/2015, más la ya anunciada de reforma de la Ley Hipotecaria, a las que se aludirá, la situación sigue generando tensiones.

La sentencia del TJUE sobre la retroactividad de la cláusula suelo, de 21 de diciembre de 2016, en sentido contrario a las conclusiones del Abogado general, ha motivado la aprobación del RDL 1/2017. Al cierre de este trabajo el Tribunal Supremo eleva al Tribunal de Justicia de la Unión, una cuestión prejudicial en la que realiza dos preguntas en relación a las cláusulas predispuestas que prevén el vencimiento anticipado de un préstamo con garantía hipotecaria. Finalmente están pendientes la resolución de cuestiones prejudiciales en relación a la reintegración contractual.

Por último la incorporación a Derecho español –en demora– de la Directiva 2014/ 17/UE, anuncia una nueva reforma de la legislación hipotecaria en España de inminente publicación.

Demasiado cambio en poco tiempo que afecta la garantía hipotecaria, base del crédito a largo plazo y a la vez, elemento esencial de la estabilidad de la inversión.

3. En este contexto, cabe afirmar que la *sentencia Aziz* dictada por el TJUE el 14 de marzo de 2013 (C-415/11) supuso un antes y un después en el sistema jurídico hipotecario español.

La garantía hipotecaria había constituido hasta entonces un instrumento indubitado.

Antes de la sentencia Aziz, el Tribunal Constitucional declaró –ya desde 1981– su legalidad constitucional basada en las posibilidades, si bien limitadas, de acudir a un procedimiento declarativo; de suspender el procedimiento ejecutivo y de obtener medidas provisionales. Pero todo esto fue rebatido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La *sentencia Aziz*, –claramente forzada y realmente de dudosa admisibilidad, como demostró el dictamen del Abogado general, –que no obstante, apoyó el pronunciamiento mejorando los fundamentos de su admisibilidad– supuso un revulsivo absoluto en nuestro sistema de ejecución.

4. Esta sentencia, *abrió la veda,* tanto en el TJUE como en el Tribunal Supremo (TS) español, y ha tenido consecuencias en cadena que inciden en la ejecución patrimonial, no solo desde la perspectiva hipotecaria y procesal sino también civil, como pone de manifiesto

mucho más allá de la interpretación previa del artículo 345 TFUE, el artículo 28 de la nueva directiva 2014/17/UE, aún pendiente, como se ha indicado de trasposición y a la que se hará referencia más adelante.

A la aplicación de la directiva 93/13/ CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que realiza la Sentencia Aziz, cabe añadir en España, las consecuencias procesales del debilitamiento del privilegio sumario, mermado ya en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que conlleva una acción jurisprudencial de la Sala primera del Tribunal Supremo -no siempre coherente con las sentencias del TJUE- en relación a los límites de las condiciones generales, contractuales seriadas, que, a su vez, han sido interpretadas en distinta forma por los restantes órganos judiciales españoles.

En este contexto, tan complicado, sorprende la inacción del legislador español –por otra parte tan activo en los últimos años– en relación a la falta de marco normativo en el control de transparencia y muy especialmente, como debe insistirse, respecto de la actividad notarial en los contratos seriados. Habrá que estar a la normativa que se anuncia.

II. LA SENTENCIA AZIZ

1. Situación previa a la sentencia

5. La ejecución hipotecaria se concibe en beneficio del acreedor a fin de posibilitar la realización del valor, por lo que los mecanismos jurídicos sirven a esta finalidad.

En el sistema español la ejecución hipotecaria fue diseñada como un procedimiento de base esencialmente registral, sumario, basado en la finalidad de la realización del valor de la garantía ofrecida en cumplimiento de una obligación. Hasta la publicación de Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, incluso gran parte de su regulación se encontraba en la Ley Hipotecaria y no en la norma procesal.

Desde el año 2000 la ejecución ordinaria de bienes especialmente hipotecados se regula en los artículos 655 y siguientes de la L.E.C., que fue objeto de varias modificaciones en 2015. (Leyes 19 y 42/2015)

6. La clave del *derrumbe* del procedimiento de ejecución en el final de la burbuja inmobiliaria, se basó en el auge de las ejecuciones hipotecarias que pusieron de manifiesto, rudamente, las limitaciones del procedimiento: limitación de la actuación cognitiva del Juez; limitación de la suspensión del procedimiento asi como de la oposición y recursos, temas que a día de hoy siguen sin ser resueltos legislativamente en su totalidad pese a las diversas leyes publicadas desde la sentencia Aziz.

Así, de los artículos 696 y siguientes de la LEC resultaba que sólo le era posible al ejecutado oponerse al procedimiento en caso de extinción de la garantía o de la obligación ejecutada o error en la determinación de la cuantía debida (artículo 695 L.E.C.) y únicamente se suspendería el procedimiento en caso de ejercicio de tercería de dominio (artículo 696 L.E.C.) o en caso de pre judicialidad penal (artículo 697 L.E.C.).

Cualquier otra reclamación que realizara el deudor, tercer poseedor o cualquier interesado, no comprendida en los supuestos anteriores, incluso aunque se refieran a la nulidad del título o al vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, serían objeto de otro procedimiento el cual no tendría nunca efectos suspensivos (artículo 698 L.E.C.).(4)

7. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró perfectamente integrada en la ejecución la protección tanto al deudor como, en su caso, de su familia, y por lo tanto cumplido su derecho de tutela judicial efectiva, a pesar de la limitación de las causas de oposición [desde 1981 (5)]

---

(4) *Vid.* Cordero Lobato, E.: "*Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias: (efectos de la TJUE de 14 de marzo de 2013*") Revista Aranzadi doctrinal: (2), mayo 2013, p. 205-212.

(5) Reiteradamente así ha sido desde la STC 41/1981 hasta el ATC de 19 julio 2011 considerando suficiente la limitada oposición del ejecutado (reguladas hoy en los arts. 695 y ss. LEC, 236-ñ y 236-o del RH). La STC 6/1992 declaró asimismo la necesidad de que los arrendatarios y ocupantes de hecho del inmueble fueran oídos en el procedimiento antes de ser desalojados.

En general, el TC entendió que el deudor está suficientemente protegido al poder acudir al procedimiento declarativo correspondiente a contender sobre la validez o invalidez de alguna cláusula o del contrato, pese a sus

8. Frente a esta realidad nacional, de la Directiva 93/13, CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1) y la interpretación que de ella venía haciendo el TJUE (por ejemplo, en la sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon*) se deducía ya el control de cláusulas abusivas, de oficio, por el juez. Esto se debe al carácter imperativo, basado en el orden publico económico de la misma que tiene por consecuencia el obligatorio análisis por los órganos jurisdiccionales. Se volverá sobre ello.

El Juez que debe valorar la abusividad aunque no le haya sido planteada en la demanda en cuanto posea elementos suficientes para ello, pudiendo ordenar las diligencias de prueba que le resulten precisas para su resolución.

En la legislación española, el control judicial de las cláusulas abusivas no solo se refiere a aquellas condiciones que no suponen un elemento esencial del contrato, sino que abarca su objeto y prestaciones esenciales, lo que no es exigido por el Derecho de la Unión (6) y a la vez es discutido. (7)

---

limitados efectos. Asimismo la posibilidad de practicar una anotación preventiva de la demanda y la retención de la cantidad que debiera entregarse al ejecutante, en ciertos casos justificaban la sumariedad.

(6) La STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, establece que "no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección". Considera que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

(7) Así, la STS de 18 de junio de 2012, entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" –que identifica con el objeto principal del contrato– a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

9. Con esta situación previa el Tribunal aborda una cuestión prejudicial planteada por un Juez español –a la que siguen bastantes más desde entonces por magistrados españoles– que incide en el análisis de la limitación de medios del juzgador en el procedimiento declarativo posterior al ejecutivo, además de la ejecución hipotecaria y su relación con la Directiva 93/13 /CEE, que traspuso el T.R. de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007.

Esta ley fue posteriormente modificada con ocasión de la trasposición en España de la Directiva de derechos de los consumidores (Directiva 2011/ 183/ UE), por ley 3/2014, de 27 de marzo que modifica el texto refundido.

2. El supuesto de hecho

10. Antes de la entrega de la posesión al Banco por lanzamiento del deudor (que no compareció en el procedimiento ejecutivo) el Sr. Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, –Juez por otra parte incompetente en el sistema registral español– solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva. En particular, señaló que si, a efectos de la ejecución forzosa, el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo son muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo posterior, que no tiene efecto suspensivo.

El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resulta muy complicado para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo. Por otro lado, el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Barcelona estimó que la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de “cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no

cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta", contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de "cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor", previsto en el número 1, letra q), de dicho anexo.

A su juicio, no está claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda sean compatibles con las disposiciones del anexo de la Directiva.

11. En estas circunstancias, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

> "1) Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

12. Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:

> a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.
>
> b) La fijación de unos intereses de demora –en este caso superiores al 18 %– que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen

de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables –tanto ordinarios como moratorios– realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble."

Como puede observarse, la cuestión prejudicial en los términos planteados no guardaba relación con el litigio principal y se reformuló por la Abogado General, en el sentido de que *debía determinarse si es conforme a la Directiva 93/13/C.E.E., del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores la regulación procesal española en relación con las posibilidades que tiene el consumidor.*

3. Presupuestos relevantes en la resolución

13. Desde la perspectiva europea son relevantes varios elementos: la aplicación al caso de la Directiva 93/13/CEE; la incursión en la ejecución hipotecaria pese a incidir en el Derecho de propiedad y la limitación de la doctrina jurisprudencial a un concepto muy reducido de consumidor persona física que actúa fuera de cualquier actividad profesional o empresarial.

Entre estos temas, el central es la aplicación de la directiva 93/13/CEE a la ejecución procesal por parte de un Juez.

14. Esta directiva es un elemento esencial en el diseño contractual de la Unión Europea (8), y por ende en el contexto del Derecho

(8) A día de hoy es pieza fundamental, como demuestra el actual RE-

de consumo. Hasta el punto de ser considerada un elemento imprescindible en el cumplimiento de los objetivos de la Unión y objeto de una valoración lineal en la doctrina del Tribunal (9).

De la abundante jurisprudencia del TJUE al respecto, especialmente sobre su artículo 6, resulta como ya sabemos su carácter imperativo, basada en la desigualdad intrínseca entre profesional y consumidor (10).

La consecuencia inmediata es que detectada una cláusula abusiva (11) ésta no vinculará al consumidor. *Sin que precise ser alegada* por el consumidor pues deberá *ser apreciada de oficio* por los Tribunales, con la consecuencia de anular cualquier cláusula contractual normativa nacional, aunque sea anterior a su aplicación que pudiera ser contradictoria a esta, sin perjuicio de ser además de *alegación directa* por los ciudadanos.

Su función por tanto puede ser equivalente en la relación jurídica a la aplicación de una cláusula de *orden publico* al tiempo que actúa como *filtro legislativo* en la aplicación de las normas nacionales.

15. Someramente considerado, que el Tribunal entre en esta materia puede resultar sorprendente en cuanto la ejecución es, a priori, competencia de los Estados miembros que se rige por tanto, por el Derecho nacional, *en cuanto incide en el Derecho de propiedad (12).*

Lo cierto es que pese al art. 345 TFUE (13) conforme al cual el Derecho europeo no prejuzga el Derecho de propiedad según es regulado por los Estados miembros, pero sí puede regular *Derecho patrimonial* como quedó claro en los trabajos previos a la propuesta

---

FIT en materia contractual y la directiva en negociación sobre determinados aspectos de los contratos sobre contenidos digitales.

(9) Océano Grupo Editorial (2000); STJUE Pannon (2009); SSTJUE Mostaza Claro (2006), (STJUE Asturcom (2009); Banesto (2012); STJUE Sánchez Morcillo (2014) –(STJUE Banif Plus (2013)–.

(10) El TJUE y había abordado parcialmente esta materia en diversas sentencias de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito (C-618/10).

(11) Que se presume por el hecho de no superar los controles de transparencia, inserción y contenido.

(12) *Vid.* como muestra art. 24 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, Bruselas I Recast.

(13) SSTJUE *Hauer* (1979), *Fearon* (1984), *Annibaldi* (1997), sentencias 21 noviembre 2002 (TJCE 2002, 345), 3 junio 2010 (TJCE 2010, 162).

de el hoy Reglamento (UE) núm. 650/2012, que presenta una evidente incursión en esta materia (artículo 1.2 l).

Y es precisamente la aplicación de la Directiva 93/13/ CEE, la norma que conduce a una actividad del TJUE dentro de la ejecución patrimonial, en principio reservada a los Estados miembros.

En principio, la Unión Europea carece de competencias sobre la agresión patrimonial derivada de la ejecución de resoluciones reconocidas o inmediatamente eficaces por supresión del exequátur Reglamentos (CE) núm. 805/2004; 2201/2003; 4/2009 y Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (14).

Pero que la ejecución, globalmente considerada, sea competencia de los Estados miembros no limita una cierta acción horizontal de la Unión.

Además de la aplicación de la Directiva 1993/13/CEE, una nueva manifestación, se encuentra en la directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

16. En el contexto de los prestamos hipotecarios- la *dualidad préstamo/derecho real* supera el ámbito contractual incidiendo en la dicotomía derecho real y transcendiendo a la ley de Registro.

La incidencia en el Derecho de propiedad, esta vez en forma de derecho real inscribible, se puede observar en la forzada interpretación que realiza la jurisprudencia española del articulo 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, Roma I.

---

(14) Los Reglamentos (UE) núm. 1215/2012 y especialmente el Reglamento (CE) 805/2005, presentan la posibilidad de que a virtud de la supresión de exequátur, sea ejecutado por la ley nacional un consumidor, no siendo causa de oposición al exequátur y por tanto a la ejecución, la aplicación directa de la Directiva 93/13.

Sin embargo, pese a ello, se considera, que el juez que entiende la ejecución no queda limitado por el propio Derecho de la Unión, dado el carácter superior de la interdicción de cláusulas abusivas y podrá paralizar la ejecución si observa en el titulo ejecutivo, incluso si es judicial, una cláusula de este tipo. El problema del derecho español, es que el propio procedimiento legal es en si mismo abusivo porque no equilibra los términos de defensa.

En interpretación sostenida por la DGRN, desde 2012 y sancionada por la STS de 19 de junio de 2012 –contra resolución de 7 de febrero de 2005 (ponente Salas Carnicer)– con votos particulares –en relación a los contratos que tengan por objeto un inmueble o derecho real sobre los que se haya producido un pacto, se permite afirmar que la *lex rei sitae*, sufre un claro retroceso en los instrumentos de la Unión, sustituyéndose– en términos generales por la *lex registrii.* Interpretación que no sería posible tras la entrada en vigor del art. 59 de la ley 29/2015)(15)

17. Junto a la incidencia del Derecho europeo en el Derecho de propiedad, está lo que podemos denominar *verticalidad del Derecho de consumo.*

Un ejemplo se sitúa en el ejercicio Refit (16) en marcha la Unión en el que la redefinición del acervo –*acquis communautaire*– plantea un problema indisoluble ante la introducción de un nivel de armonización estandarizado, que conduciría necesariamente a la ley del Estado de la residencia del profesional y no al principio de mercado interior. El Refit aborda, en términos muy complejos, las forma de armonización de las Directivas de consumo, que deben incardinarse en Bruselas I Recast y Roma I. (art. 6).

De esta contextualización, la Directiva 93/13 / CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 es *una rara avis.* De aplicación maximalista, forma parte del Refit, pese a que el equilibrio entre los Estado miembros a día de hoy difícilmente permitiría la mas mínima modificación o inclusión en normas posteriores como ha demostrado la retirada de la propuesta de Reglamento sobre la compraventa europea y la actual propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales, en negociación.

La aplicación de la Directiva remite a los tres aspectos esenciales de la contratación con consumidores sean o no éstos adquirentes y en su momento ejecutados: el control de transparencia, de inserción y el control de contenido en cuanto el *ius poenitendi* –derecho

(15) *Vid.* Fernández-Tresguerres, A.: "*Aspectos extrajudiciales en la ley 29/2015, de 30 de junio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil*" Anales Academia Matritense del Notariado, 2016. En prensa.

(16) Ejercicio de evaluación e impulso de las directivas que inciden en materia contractual con la finalidad de mejorar su calidad legislativa.

de desestimiento- desde la directiva de contratos financieros a distancia con consumidores quedó excluida del ámbito de aplicación de la adquisición de bienes inmuebles. (17)

18. Ligado a esto, encontramos lo que podemos denominar *quiebra del concepto del consumidor.*

¿Qué es un consumidor a los efectos de la ejecución hipotecaria? (18)

La Unión europea utiliza en el ámbito contractual una noción subjetiva de consumidor.

La directiva 2011/ 83/UE (19), sobre los derechos de los consumidores, que en su artículo 2.a) define al consumidor como toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión definición que se contrapone a la de profesional o empresario (comerciante en la versión española) que en el mismo art. 2 b) es definido como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva.

Con la matización de la Directiva 2011/95/CEE de la seguridad general de los productos dirigida al mercado de consumidores, termino no definido, pero sin duda teleológicamente objetivizado, la definición de consumidor es lineal en el Derecho europeo.

---

(17) El art. 14.6 de la Directiva 2014/17/UE permite a los Estados miembros elegir entre un periodo previo de reflexión –además del estandarizado derivado del establecimiento obligatorio de la FEIN (información financiera personalizada)– o un derecho de arrepentimiento, desistimiento o retractación. *–ius poenitendi–.*

(18) La Sentencia Sala 1.ª del TS de 3 de junio de 2016, (367/ 2016) en el caso de una ejecución establece la doctrina de que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. En el caso una persona física empresaria que adquiere un local comercial. Sin embargo la sentencia de la misma fecha (364/2016) aplica dicho control cuando el préstamo es híbrido desde su concesión y luego se nova –hipoteca sobre vivienda habitual y local de negocio–.

(19) Parcialmente modificado por los Reglamentos (CE) 765/2008 y 596/2009.

La fracasada propuesta de Reglamento sobre Derecho europeo de compraventa, incluía en su ámbito no solo la contratación con consumidores (B2C) sino que consideraba relevante la contratación con PYMES (B2PYME).

Esta línea ha sido abandonada en la actual propuesta de directiva sobre contratos de suministro digital, única en negociación al cierre de este trabajo.(20)

Finalmente, cuando existe un elemento transfronterizo, es relevante la revisión de los conceptos de subsidiaridad, proporcionalidad.

El carácter universal de la ley aplicable y la vocación internacional del Derecho de la Unión Europea cuyo reflejo en el nuevo Convenio en negociación en la Conferencia de La Haya: –*Judgment Convention*– y en el mercado electrónico, globalizado.

19. Con estos presupuestos se enjuicia es si el procedimiento de ejecución hipotecaria, contiene una regulación suficientemente tuitiva para el consumidor/hipotecado atendiendo a las limitadas causas de oposición de que dispone el ejecutado.

4. ¿Qué estableció la sentencia Aziz?

20. La fundamentación jurídica de la sentencia se basa, como sabemos, en la aplicación de la Directiva (CEE) núm. 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

El TJUE considera que el procedimiento ejecutivo español no permite que se cumpla adecuadamente el régimen europeo sobre interdicción de las cláusulas abusivas en el contexto de la Directiva.

Señala que se opone a la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores la normativa procesal española “que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos

(20) Propuesta de directiva sobre determinados aspectos de los contratos de suministro de contenido digital de 9 de diciembre de 2015. Doc. COM (2015) 634 Final 2015/0287 (COD) La propuesta sobre ciertos aspectos relativos a la compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes., de igual fecha doc. COMO (2015) 635 Final 2015/ 0288, aun no ha iniciado su negociación.

de oposición basados en el *carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares*, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena efectividad de su decisión final".

21. En especial,

1.º *El juez que entiende del procedimiento declarativo ha de poder adoptar las medidas cautelares (entre ellas, la suspensión de la ejecución hipotecaria) que requiera la eficaz realización de los derechos del consumidor*.

No es suficiente pues, que la efectividad de la sentencia declarativa pueda asegurarse mediante la anotación preventiva de la demanda, ni siquiera mediante la retención del precio que, en la ejecución, haya de entregarse al acreedor. En cuanto el consumidor afectado puede no conocer una cuestión tan técnica.

2.º Dice claramente que *contraviene el Derecho europeo el hecho de que en el procedimiento de ejecución hipotecaria no se puedan formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de cláusulas contractuales.*

3.º Al igual que se indicó en la STJUE de 24 de junio de 2012 sobre el procedimiento monitorio, (caso Banesto) el Tribunal considera que no es suficiente que el consumidor disponga de algún modo de defender sus derechos –en el caso disperso– pues contraviene el Derecho europeo un régimen legal que no permite que *sea el juez quien controle de oficio* la validez de las cláusulas contractuales en las que se funde el título ejecutivo, sin necesidad, pues, de que lo pida el consumidor**.**

III. CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA HIPOTECARIO Y EN GENERAL EJECUTIVO ESPAÑOL

22. La sentencia produjo en España una gran incertidumbre sobre la forma de establecer el carácter abusivo de ciertas cláusulas relativas a demora y vencimiento anticipado en cuanto son conside-

rados por el Tribunal *conceptos indeterminados* sobre los que, por lo tanto, faltarían criterios fijos de aplicación.

Concretamente incide en aspectos concretos sobre la validez de las cláusula relativas al sometimiento al foro; al vencimiento anticipado, intereses de demora y al pacto de liquidación de la deuda pendiente.

El sometimiento al foro, deberá ser, con interdicción de cualquier eleccion o imposición el de la finca hipotecada, que difícilmente puede ser considerado una cláusula abusiva –si lo es al lugar de situación de la finca– en cuanto es un concepto ligado a la competencia exclusiva de la *rei sitae*, directa, tal como es conocida por el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (Recast), en el ya citado artículo 24. Un sometimiento al domicilio del deudor en un préstamo hipotecario

23. En relación a la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE ha establecido que,

"En contratos de larga duración, su validez por incumplimientos del deudor en períodos muy limitados y concretos ha de ser *enjuiciada valorando si el incumplimiento en cuestión tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces* que permitan al consumidor sujeto a esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".

No cabe a la vista de la sentencia predecir la validez o nulidad de una determinada cláusula de vencimiento anticipado que no esté prevista en las leyes, como sucede con la de vencimiento anticipado por impago de algún o algunos plazos. (21)

(21) El art. 7.13 de la Ley 1/2013, de 14 de septiembre da nueva redacción al art. 693 LEC, el ejercicio de la acción por parte del acreedor, en caso de pago de capital e intereses por plazos, exige el impago de tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses.

24. En relación con los intereses de demora, el TJUE considera que,

Para valorar su carácter desproporcionado habrá que *comparar la estipulación controvertida con el tipo de interés legal*, con el fin de verificar que no va más allá de lo que sea necesario para garantizar la realización de los objetivos que la cláusula persigue.

Recientemente el TS, Sala 1.ª ha dictado dos sentencias al respecto, sobre las que se volverá, STS de 22 de abril de 2015, para préstamos hipotecarios y 3 de junio de 2016, para los hipotecarios(22) que limitan el interés de demora en los casos que analiza a un sobregiro de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio.

Esta ultima sentencia afecta al articulo 114 de la Ley Hipotecaria. Conforme a la ley actualmente vigente –Ley 1/2013, de 14 de mayo–, en la ejecución de vivienda habitual no se podrá superar tres veces el interés legal del dinero publicado anualmente en los presupuestos generales del Estado (cfr. el tipo establecido en el art. 4 del RDL 27/2012, y posteriormente L. 1/2013) aplicable a los intereses que se devenguen con posterioridad a la entrada en vigor de la ley y únicamente en préstamos hipotecarios sobre viviendas habituales(23).

La STS insiste en la doctrina derivada de la STS del mismo tribunal de diciembre de 2015, al declarar que efectivamente el máximo legal establecido en el art. 114.III LH para los intereses morato-

(22) Recuerda J. A. Martínez Sanchíz: "*Favor debitoris y beneficio de la competencia*" AAMN, 2016, en prensa y el Notario Siglo xxi, núm. 68, (www.elnotario.es) que " nuestro Tribunal Supremo ha preservado los intereses de la Ley de Usura, por el expediente de considerarlos una cláusula penal, susceptible de moderación o corrección por el juez, provisto de la facultad de integración, que otorgaba la ley de consumidores y usuarios, antes de que fuera suprimida en ejecución de la Directiva comunitaria sobre este particular. Con esta interpretación se soslayaba la nulidad del préstamo y de sus garantías, como la hipoteca".

(23) "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

rios en préstamos hipotecarios que recaigan sobre la vivienda habitual –tres veces el interés legal del dinero–, no puede prejuzgar el control de abusividad de una cláusula de este tipo. De este modo, una cláusula que cumpla con dicho precepto puede ser considerada abusiva si impone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario (art. 85.6 TRLGDCU), de la misma forma que una cláusula que establezca unos intereses superiores puede ser considerada ilegal por contravenir el precepto, pero no abusiva si no se considera que imponga una indemnización desproporcionadamente alta.

Ciertamente esta doctrina jurisprudencial es de difícil encuadre en la normativa hipotecaria. Para ésta - que no contempla, como sabemos, la vigente ley Azcarate- son lícitos, respecto de otros deudores, distintos de los subjetivizados por razón de exclusión social del prestatario.

25. La confusión introducida por el TS, al confirmar la sentencia recurrida, (24) conlleva la consecuencia de la imprescindible actuación del legislador clarificando el marco normativo alterado por la actividad jurisprudencial, con la consiguiente inseguridad jurídica. Se deberá dotar sin demora de coherencia y seguridad jurídica al sistema, delimitando los intereses moratorios en los diversos tipos de préstamos, con carácter imperativo, como ocurre en los Estados

(24) "1.– La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

2.– No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, *puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones*", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU."

de nuestro entorno, ante la diversidad de supuestos y criterios jurisprudenciales.

26. Finalmente, en relación a la *cláusula relativa a la liquidación unilateral de la deuda impagada*, el Tribunal considera que el juez debería determinar si esta facultad del ejecutante *"constituye una excepción a las normas aplicables a la falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulte el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa"*

Este tema será objeto de comentario Infra, al analizar los títulos extrajudiciales.

27. Puede comprenderse, con lo visto hasta ahora que mas allá del efecto jurídico, en la legislación y en la jurisprudencia, la sentencia Aziz ha tenido *un efecto psicológico y económico* de difícil valoración a día de hoy, que obliga a reflexionar sobre el valor futuro de la hipoteca como prototipo del acceso a largo plazo del ciudadano, de clase media, a la financiación a largo plazo.

III. POSTERIORES CUESTIONES PREJUDICIALES

28. Otras cuestiones prejudiciales de gran calado, planteadas por jueces españoles, han seguido a la Sentencia Aziz.

A día de hoy las mas relevantes son las siguientes:

1. Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo

A) La sentencia (y Auto aclaratorio) del Tribunal Supremo

29. La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo en los créditos hipotecarios trajo consigo una gran polémica en relación a sus efectos hacia el pasado.

El procedimiento se inició en 2010 con la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla en una demanda presentada contra varias entidades de crédito (BBVA, Cajamar, Cajas Rurales Unidas y Nova Caixa Galicia),

Esta sentencia del Pleno de la Sala 1.ª del TS 9 mayo 2013, declaró incorporadas de forma no transparente, y por tanto nula, las cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés, o cláusulas suelo, al que siguió un importante auto aclaratorio de 3 de junio 2013, tras lo que se ha producido una polémica doctrinal y jurisprudencial sobe su efectos retroactivos, que la Sentencia limita a la fecha de su publicación.

30. De ella puede extraerse la siguiente doctrina (25):

Séptimo. Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por..
e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

(25) *Vid.* Fernández-Tresguerres, A. " *Doctrina jurisprudencial sobre condiciones del crédito hipotecario*" en Alcalá Díaz, M. A. (DIR) Dickinson, 2014.

Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización ordenamos cesar y eliminar.

Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

Por lo tanto el Tribunal Supremo *estableció la nulidad de las cláusulas suelo abusivas por falta de transparencia y reconoció efectos restitutorios de las cantidades ya abonadas de cláusulas declaradas nulas a partir de 9 de mayo de 2013*. (26)

Es relevante que la sentencia del TS de 9 mayo 2013, resolvía una acción de cesación de las reguladas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación (LCGC). Esa acción es preferente al régimen del Código Civil. Es imprescriptible (art. 19) y los efectos de la declaración de nulidad operen, *ex nunc,* desde la sentencia, (art. 12).

B) Actuaciones jurisprudenciales posteriores

31. El Tribunal Supremo, hasta la suspensión de la deliberación y fallo, a la que luego nos referiremos, en sentencias de 25 marzo y 29 de abril de 2015, consideró que la nulidad que se declare sólo opera desde la fecha de la publicación *de la STS 9 mayo 2013, siendo irrelevante que la acción sea individual o colectiva*, pues la cuestión a debatir es la misma (STS 29 abril 2015) y sólo surten efectos desde la STS 9 mayo 2013.

Con esta posición, muy posiblemente se está vulnerando el Derecho europeo que distingue claramente las acciones colectivas y

(26) conformada posteriormente. *Vid.* STS de 29 de abril de 2015. STS de 8 de septiembre de 2015. Acción de anulación de contrato swap por error vicio del consentimiento. Incumplimiento por parte del banco de sus deberes de información establece el carácter abusivo de la cláusula abusiva no negociada en contratos celebrados con consumidores sobre interés de demora.

las individuales y ordena que los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva de acuerdo con el derecho nacional. (TR 1/2007 y art. 1301 y siguientes del Código Civil)

32. En efecto, ejercitada una acción colectiva –art. 12 LCGC–, y declarada judicialmente la ineficacia de una cláusula abusiva, ésta será *ex nunc*, desde la sentencia que la estima. Las acciones individuales en cuanto los efectos de la nulidad se rigen por la ley nacional, habrán de remitirse al articulo 1303 CC que establece la recíproca restitución entre las partes las prestaciones efectuadas (27).

Esta remisión a la ley nacional ha de coordinarse con la prácticamente constante jurisprudencia del TJUE que conduce a establecer la imposibilidad de integración de una cláusula nula por abusiva (28) en cuanto los arts. 6.1 y 7.1 establecen el principio de *no vinculación*, que supone la imposibilidad de que cláusulas abusivas puedan vincular al consumidor.

33. La interpretación de las Audiencias Provinciales no es homogénea.

Algunas, al resolver acciones *individuales* posteriores a la sentencia del Tribunal Supremo que resolvía, como sabemos, una acción *colectiva*, consideran que debe aplicarse igual doctrina y en consecuencia declarar la nulidad de la cláusula concernida con efectos

(27) Art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses"

(28) Así la STJUE de14 de junio de 2012, C-618/10, caso Banesto; 30 de mayo 2013, C-488/11, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse.

Vid. considerando 28 de la STJUE 21 enero 2015, C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja considerando 28 que: ... en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y a un profesional de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que los *jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma*".

ex nunc. En tal caso sólo surtía efectos desde el momento de su notificación, de modo que la Entidad no había que restituir ninguna cantidad anterior.

Asi lo consideró la SAP Córdoba (18 junio 2013) a la que siguieron otras : Tarragona, Pontevedra, Granada, Ourense León, Palencia, Almería, Bizkaia, Badajoz, Palencia A Coruña, Cádiz y Ávila.

Otras Audiencias Provinciales, –en la línea del TJUE que dice que se aplicará a la *nulidad de la cláusula* la legislación nacional vigente– aplican a las acciones individuales las consecuencias de la nulidad establecida en el art. 1301 del Código Civil, que entraña la total restitución, si bien a fin de acomodarse a la doctrina del TS, pese a considerar el importe cobrado ilegalmente y por lo tanto de obligada restitución lo percibido según la cláusula suelo anulada, en atención al fallo expreso del TS no provocaría efectos *ex tunc* sino desde el 9 mayo 2013, (SAP Zaragoza, Palma Mallorca, Lugo).

Finalmente un tercer grupo de Audiencias declaran el carácter retroactivo *ab initio –ex tunc–* en acciones individuales, sin considerarse obligadas por la doctrina del TS. Poer ejemplo la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en octubre de 2015 obliga al BBVA a devolver lo cobrado de más por esta cláusula desde el momento de la firma de la hipoteca con sus intereses.

34. En la distinción entre acciones colectivas e individuales, El TJUE, en sentencia de 14 de abril de 2016, declaró ilegal la suspensión automática de una acción individual contra las cláusulas suelo si hay abierto un proceso colectivo.

Hasta entonces debía esperarse a que se dictara sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentre pendiente –ejercitada por una asociación de consumidores– sin que el consumidor pueda desvincularse de esa acción colectiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión estableció que con ello se perjudicaba la efectividad de la protección que la Directiva europea confiere al consumidor.

C) La STJUE de 9 de diciembre de 2016

1. Interposición de las cuestiones prejudiciales

35. En el contexto de inseguridad jurídica sobre la superación de

un efectivo control de transparencia de las cláusulas hipotecarias y las dudas sobre la retroactividad del efecto anulatorio declarado, en acciones colectivas, por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se planteó por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, cuestión prejudicial respecto al alcance del principio de no vinculación, vista la previa sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. (29)

El Juez de lo Mercantil núm. 1 de Granada, plantea al TJUE si el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es compatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula, no obstante, extiende sus efectos hasta que se declare la misma, y por tanto, que aunque se declare su nulidad se debe entender que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces. Así como si el cese de la cláusula es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad en cuanto al alcance de la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor –a que esté obligado el profesional– en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia.

Posteriormente fueron planteadas cuestiones en la AP de Alicante, de 10 junio y 14 junio 2015, (asuntos C-307/15 y C-308/15) (30) acumulados en el procedimiento a la cuestión 154/15.

Estas amplían, basándose en la STS de 25 marzo y 29 abril 2015, la petición al tribunal a fin de que se pronuncia respecto del *criterio de buena fe o el de trastornos graves*, utilizados por el Tribunal Supremo para justificar que la nulidad sólo opere a partir de la STS 9 mayo 2013 lo que podría vulnerar además de la Directiva 93/13/CEE, el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en tanto se inquiere si es compatible con el Derecho europeo –tutela judicial efectiva (Carta de Derechos fundamentales de la Unión) la "*extensión automática de la limitación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo declarada*

(29) Auto de 25 marzo 2015 en juicio ordinario 56/2014, que da lugar al asunto C-154/15.

(30) C-349/15, Audiencia Provincial de Castellón (DOUE 14 septiembre 2015). También plantea cuestión el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, Secc. 1.ª, 13 julio 2015, publicado en DOUE de 14 de septiembre 2015 como C-381/15; Id. C-431/15, Audiencia provincial de Cantabria de 17 de julio de 2015 y 525/15, Audiencia Provincial de Álava y La Coruña de 4 de enero de 2016.

en el seno de un procedimiento entablado por una asociación de consumidores contra entidades financieras, a las acciones individuales de nulidad de una cláusula suelo por abusiva instadas por los clientes– consumidores que contrataron un préstamo hipotecario con entidades financieras distintas"

36. En el procedimiento se ha personado el Reino de España, el Reino Unido, la República Checa y el Servicio Jurídico de la Comisión Europea. Esta mantiene que la nulidad no puede operar desde que se declara, añadiendo que "*no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor –y a la que está obligado el profesional– en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia*".

Tras la vista ya celebrada (26 de abril de 2016) y la publicación de las conclusiones del Abogado general (12 de julio), la cuestión acumulada relativa a la retroactividad-devolución del importe de intereses remuneratorios de las cláusulas desde 2013 o desde que aplican *un suelo* a los intereses (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), dio lugar a la sentencia de 16 de diciembre de 2016.

2. Las conclusiones del Abogado General

37. El Abogado General Mengozzi, considera que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas *suelo* incluidas en los contratos de préstamo hipotecario en España, es compatible con el Derecho de la Unión Europea .

En síntesis sus conclusiones parten del carácter excepcional del supuesto dadas las repercusiones económicas que justifican una limitación temporal en la retroacción.

Con ese punto de inicio considera que la Directiva 93/13/CEE no tiene por objeto la armonización de las sanciones aplicables en caso de que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual y, por lo tanto, no exige a los Estados miembros que establezcan la nulidad retroactiva de tal cláusula.

En segundo lugar, considera que la Directiva no determina las condiciones en las que un órgano jurisdiccional nacional puede limitar los efectos de las resoluciones por las que se califica como abusiva una cláusula contractual.

Por consiguiente, corresponde al ordenamiento jurídico interno precisar esas condiciones, siempre desde el respeto de los *principios de equivalencia y de efectividad* del Derecho de la Unión. Por lo que respecta al principio de equivalencia considera el Abogado general, que el TS español utiliza idénticos criterios en litigios nacionales Y por lo que respecta al principio de efectividad, el efecto disuasorio de que a partir del día 9 de mayo de 2013, no será posible su inserción debiendo ser reintegrado desde entonces el consumidor, lo que conlleva un efecto disuasorio, que es el objetivo de la Directiva.

En el momento en que se pronuncia acerca de los efectos en el tiempo de su resolución, un órgano jurisdiccional supremo puede ponderar la protección de los consumidores con las repercusiones macroeconómicas asociadas a la amplitud con que se utilizaron las cláusulas *suelo.* (31)

3. Consecuencias

38. El Reino de España en sus alegaciones entendió que la Directiva no se opone a una jurisprudencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, y justifica la solución de nuestro Tribunal Supremo en aras de preservar el equilibrio contractual y la seguridad jurídica, limitando los efectos económicos que pudieran derivarse de la declaración de nulidad desde la fecha de la sentencia, que por primera vez aprecia la abusividad de este tipo de cláusulas.

Añade que lo que decida el Tribunal –eventual retroactividad– puede afectar en su ejecución a los casos ya resueltos por sentencia firme (efecto de cosa juzgada) pues nuestro sistema procesal no permitiría la retroactividad (32).

A la vista de la situación, a fin de que no se incrementen los supuestos en los que se produce sentencia firme, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, por Auto de 12 de abril de 2016, decidió suspender las vistas y sentencias sobre el tema hasta entonces el Tribunal Supremo español suspendió las vistas y sentencias de los recursos de casación pendientes sobre este asunto para evitar que sus con-

(31) *Vid.* curia. europa.eu.

(32) Siempre que no se considere incompatible, en si mismo, con el Derecho europeo el art. 510.1 LEC.

clusiones discrepen de la solución que adopte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La suspensión tampoco es uniforme en el conjunto de los Tribunales españoles pues la posición de los Juzgados difiere entre aquellos que optan por suspender los procedimientos pendientes en cuanto afecta a la irretroactividad, los que consideran que la acción colectiva no debe afectar a las individuales pero aun así suspenden y finalmente los que deciden resolver. (33)

4. Por fin, la STJUE de 9 de diciembre de 2016

39. La sentencia del TJUE fue dictada por fin, el 21 de diciembre de 2016.

Tras establecer alguna precisión sobre la cosa juzgada, como limite procesal al ejercicio de los derecho del consumidor, señala en sus considerandos 74 y 75 que:

"74. Dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, aparta-

(33) A lo largo de 2016, ha habido varios pronunciamientos. Así Sentencia de 7 de abril de 2016 se ha hecho pública la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en la que el juez anula las cláusulas suelo de 40 bancos y cajas, cuyo listado se incluye a continuación y obliga a devolver las cantidades cobradas "indebidamente desde mayo de 2013", es decir a partir de la sentencia del Tribunal Supremo. En base a una acción colectiva. contra 101 entidades, que tras los procesos de fusión quedaron reducidas a 40. El fallo estima parcialmente la demanda y en consecuencia:

a) Se declara la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores idénticas a las transcritas en el punto 1.3 del primer fundamento jurídico de la presente resolución, por falta de transparencia.

b) Se condena a las entidades bancarias demandadas a eliminar las

dos 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

75. De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

40. Esta sentencia, al establecer la retroactividad total de las cláusulas suelo, supuso un especial varapalo para el Derecho español, pues el Tribunal de Justicia pone en entredicho no solo la normativa española sino también las decisiones del Tribunal Supremo.

El cúmulo de problemas que esta sentencia desencadena, precisará una aclaración de la Sala 1.ª del mismo, respecto de la fecha de la nulidad –la de la sentencia de 9 de mayo de 2013– que ahora Luxemburgo considera no adecuada a Derecho.

La sentencia, dio lugar, como se ha indicado y después se examinará al R.D.L 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

---

citadas cláusulas de los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización de forma no transparente.

c) Se declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las entidades bancarias demandadas en los que se haya incluido las cláusulas cuya utilización se ordena cesar.

d) Se condena a las entidades bancarias demandadas a devolver a los consumidores perjudicados las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, con los intereses que legalmente correspondan.

2. La aplicación de los intereses de demora, vencimiento anticipado y reintegración del contrato

A) Aplicación de los intereses de demora y reintegración del contrato

41. La fijación de un criterio para determinar cuándo una cláusula de intereses de demora es abusiva y sus consecuencias jurídicas, especialmente en relación al mantenimiento de los intereses remuneratorios, se plantea en la cuestión 96/2016, que aborda la posible vulneración de la Directiva 93/13 (34).

Mientras que la compatibilidad con el Derecho europeo de las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo español sobre la reintegración contractual y aplicación directa de un interés de demora, es planteada en el Asunto C-7/16 y 96/16 (este sobre ejecución de crédito personal no hipotecario) (35)

---

(34) Se pregunta al Tribunal, 1. Si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión; el fijar como criterio inequívoco la determinación que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado (en el caso el 20 por ciento) 2. Y si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como consecuencia que se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado.

(35) Se pregunta al Tribunal: 1. Si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, es ajustado al Derecho de la Unión; el fijar como criterio inequívoco la determinación que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, *es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés*

42. Asimismo el Juez ha promovido, adicionalmente, una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por la posible inconstitucionalidad de los artículos 17 y 540 de la LEC, en relación al artículo 1535 del CC, debida a su eventual contradicción con los artículos 14, 51.1 y 53.3 de la Constitución Española.

43. De la doctrina del Tribunal Supremo resulta que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva la cláusula que establece el interés de demora, es "*el examen de la proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento*".

El tribunal de Justicia , traslada al juez nacional el control de la abusividad de las cláusulas de intereses de demora de suerte que debe "*comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos*".

Asimismo, el juez debe evaluar "*si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual*"

44. La aplicación del interés de demora, para no ser abusivo, exige pues que la fijación del interés sea objetiva; que se consiga un efecto disuasorio a fin de no beneficiar al empresario ; que no se deje a su voluntad el vencimiento anticipado del contrato y el

---

remuneratorio pactado. 2. Y si, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, *es ajustado al Derecho de la Unión el fijar como consecuencia que se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado.*

devengo de intereses remuneratorios con la consecuencia, de impedir el reestablecimiento del equilibrio real entre los derechos y las obligaciones del empresario y consumidor.

45. El TJUE dictó un Auto de fecha 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), estableciendo que los jueces no deben recalcular el interés de demora de un préstamo hipotecario cuando ese interés se considera abusivo. La cláusula que lo contenga ni debe aplicarse, ni puede ser modificadas por el juez nacional.

Sin embargo esta doctrina sufre una excepción cuando la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva *obligue al Juez a anular el contrato en su totalidad*, anulación que pudiere conllevar consecuencias negativas para el consumidor, representando para éste una penalización.

46. En reacción a una posible sanción de nulidad total del contrato a causa de la anulación por abusiva de la cláusula de interés moratorio en perjuicio del deudor, como sabemos, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha fijado la demora, en un tipo máximo de dos puntos sobre el interés remuneratorio, tanto en relación a los préstamos personales (STS , Sala 1.ª, de 22 de abril de 2015) como a los hipotecarios sobre vivienda (STS , Sala 1.ª, de 2 de junio de 2016).

47. En relación a *créditos y préstamos hipotecarios*, el TJUE había considerado que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, que retrotrae el 114 de la Ley Hipotecaria a los intereses no vencidos o no pagados de préstamos anteriores, posee distinto ámbito de aplicación que la Directiva 93/13 de protección de los consumidores (36).

La STS de 23 de diciembre de 2015 trasladó por su parte al precepto de la Ley Hipotecaria la doctrina establecida por el TJUE a fin

(36) Conclusión al menos dudosa en cuanto su ámbito de aplicación es sustancialmente idéntico, ya que la Ley 1/2013 se refiere, esencialmente, a los préstamos concedidos por una Entidad de crédito para la adquisición de vivienda.

de limitar los intereses moratorios en los préstamos sobre vivienda a un tipo que no rebasase en tres veces el interés legal del dinero (37).

B) Vencimiento anticipado e integración del contrato

48. Especial interés presenta la cuestión planteada por el Juez de 1.ª Instancia de Fuenlabrada (Auto de 8 de febrero de 2016) al TJUE sobre las consecuencias de la declaración como abusiva de la *cláusula de vencimiento anticipado* en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

El Juez pregunta al Tribunal si, declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado –el Banco reclama todo el préstamo con independencia de la entidad del incumplimiento del deudor–, se debe considerar consecuencia necesaria la terminación del procedimiento ejecutivo, y la nulidad del titulo ejecutivo.

49. El 26 de enero de 2017, se publicó una nueva sentencia en el TJUE, que declara abusiva la cláusula que establece el vencimiento anticipado en los prestamos o créditos hipotecarios, en determinadas circunstancias que debe valorar un Juez (38), pero sobretodo

(37) Pese a tratarse de situaciones diferentes: la disposición transitoria podía chocar con la Directiva de consumidores, ya que *validaba parcialmente una cláusula declarada abusiva*. Pero, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria lo que hace es *establecer para lo sucesivo un límite legal imperativo,* de modo que excluye por su naturaleza imperativa, el control judicial respecto de toda cláusula que esté dentro de los parámetros autorizados.

(38) "Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que

anula la disposición transitoria 4.ª de la ley 1 /2013, y declara que una resolución con fuerza de cosa juzgada, no impide que en incidente de oposición el juez deba posteriormente analizar el eventual carácter abusivo de una cláusula.

La sentencia recae en el asunto C-421/14, cuyo objeto es una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander (39).

---

permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".

(39) Que plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1. Si la disposición transitoria 4.ª de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del consumidor.

2. Si, de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad [,] al consumidor le está permitido denunciar la presencia de cláusulas abusivas más allá del tiempo previsto en la norma nacional para realizar esa denuncia [,] de manera que el juez nacional tenga que enjuiciar dichas cláusulas.

3. Si, de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad [,] el juez nacional debe apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva, extrayendo las consecuencias procedentes, aun cuando previamente haya resuelto en sentido contrario o haya declinado esa apreciación en resolución firme conforme a la norma procesal nacional.

4. ¿Conforme a qué criterios puede influir la relación calidad/precio en el control de abusividad de los términos no esenciales del contrato? A la hora de abordar tal control indirecto de este tipo de elementos ¿es pertinente tomar en consideración las limitaciones legales a los precios impuestas en normas nacionales? ¿Puede ocurrir que unos pactos válidos tomados en abstracto pierdan validez tras considerar que [el] precio de la operación [resulta] muy elevado sobre el normal del mercado?

5. ¿A los efectos del artículo 4 de la Directiva [93/13] es posible tomar en cuenta las circunstancias posteriores a la celebración del contrato si a ello conduce la inquisición de la norma nacional?

6. Si el artículo 693.2 de la LEC, reformado por la Ley 1/2013, debe interpretarse en el sentido de que no puede ser obstáculo a la protección del interés del consumidor.

7. Si de conformidad con la Directiva [93/13], y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usua-

C) Criterios jurisprudenciales para la reintegración del contrato

49. El Tribunal Supremo considera que el consumidor no resulta perjudicado porque el procedimiento ejecutivo continúe teniendo en cuenta la nulidad de la cláusula contractual, siempre que resulte probado el incumplimiento.

Se fundamenta, además de recordar que el acceso al crédito barato se encuentra fundado en la acción ejecutiva, en las *ventajas* del consumidor en un procedimiento ejecutivo frente al declarativo… pues puede evitar la ejecución pagando lo que debe, … Lo que no es posible en un juicio declarativo.

La cuestión una vez mas se centra en la interpretación de la llamada "*onerosidad irrazonable"* para el profesional (art. 6.1 Directiva 13/93 es decir como articular que los Estados equilibren las contraprestaciones en los contratos seriados con un consumidor. Establece el Tribunal que los Estados miembros:

"Dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

50. El TJUE considera por ello que no procede integrar el contrato en, prácticamente, ningún caso *sino se generan lagunas,* incluso en casos en los que la cláusula abusiva afecta a los elementos esenciales del contrato.

El objetivo es, por tanto, la reducción conservadora pues al convertir el Juez en válido lo nulo, el efecto preventivo no se consigue –los empresarios mantendrán la cláusula abusiva, pus ya se reducirá manteniendo el contrato–. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. *La mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los*

---

rios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad [,] cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes[,] incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.»

profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantízando de este modo el interés de dichos profesionales (40)

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declaró que el articulo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 *se opone a una norma de Derecho nacional* que *atribuye al juez nacional*, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, *la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.*

51. Es cierto que el Tribunal de Justicia también *ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante***,** esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representaran para éste una penalización

52. Con estos parámetros, la anulación de la cláusula contractual relativa a *los intereses moratorios* no debería acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se inició el procedimiento de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos en la cláusula nula. La dificultad se plantea en determinar si eliminada concreta cláusula de intereses moratorios abusivos, el prestamista tiene derecho a los intereses legales en

(40) Sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Kás/erné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31).

caso de mora (art. 1108 CC), o si, por el contrario, la cláusula no puede ser reintegrada. Con el derecho dispositivo nacional.

El Tribunal de Justicia considera que:

"En principio, el Derecho legal dispositivo en materia contractual ofrece la mejor guía para una composición equitativa de los intereses de los contratantes. En el Derecho dispositivo, el legislador pondera la situación normal de los intereses contrapuestos por lo que, en la contratación por adhesión… el Derecho dispositivo no puede ser desplazado por otras soluciones sin una razón suficiente. Además, con la aplicación de la norma supletoria, se alcanzaría el objetivo del equilibrio proclamado en la Directiva 93/13.

"El juez nacional no puede acudir a la norma supletoria en cualquier caso. Ciertamente, si así fuera, el carácter disuasorio derivado de la anulación de la cláusula podría frustrarse. El escenario de vacío contractual creado por la ineficacia de la cláusula abusiva se enmarca en una política legislativa de protección del consumidor y no es equiparable al de una laguna inicial en el contrato que deba ser rellenada."

53. Por lo tanto, con una cierta ambigüedad, se considera imposible la subsistencia del contrato sin la cláusula declarada nula por abusiva, pues la nulidad de la situación no equitativa o desequilibrada producirá el efecto preventivo de la sanción de nulidad de la cláusula abusiva. (41)

---

(41) Sentencia *Pannon,* de 4 de junio de 2009 en la que el TJUE dijo que "el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula". Se destaca en las cuestiones prejudiciales que *un consumidor perspicaz y razonablemente informado* podría preferir que se siguiera adelante con la ejecución a la alternativa del sobreseimiento y la posibilidad de verse demandado, de nuevo, en un juicio declarativo en el que se le podrían acumular gastos y costas y en el que no disfrutaría de algunas ventajas –posibilidad de pagar y enervar el vencimiento anticipado, exoneración parcial de deuda, tipo mínimo de la subasta…– que fueron las que llevaron al Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 a establecer la doctrina según la cual, incluso aunque la cláusula de vencimiento anticipado sea nula, no ha lugar al sobreseimiento del proceso especial de ejecución hipotecaria.

D) La cuestión prejudicial planteada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (8.2.2017)

54. En el contexto relativo a las distintas opciones que tiene el acreedor hipotecario –deudor consumidor– ante el impago de su crédito así como las posibilidades procesales del deudor a la hora de oponerse a la reclamación (42) se plantea cuestión prejudicial ante el TJUE por el Pleno de la Sala al tribunal de Justicia (Auto de 8 de febrero de 2017).

En concreto pregunta el Tribunal Supremo:

1.º Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota … manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes. Es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.

(42) El Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en el curso de la deliberación, votación y fallo de un recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección primera, de 14 de mayo de 2014, en la que, entre otras, se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, decidió dar traslado a las partes sobre el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE, al amparo del artículo 4bis LOPJ

Tras las alegaciones de las partes, la sala ha resuelto plantear la cuestión prejudicial de interpretación conforme al artículo 267 TFUE. Comienza explicando el marco normativo propio del derecho nacional, las distintas opciones que tiene el acreedor hipotecario ante el impago de su crédito, y las posibilidades procesales del deudor a la hora de oponerse a la reclamación, con especial referencia a las que tienen los deudores consumidores. En concreto, compara la regulación del juicio declarativo y la subsiguiente ejecución ordinaria, con la regulación del proceso especial de ejecución hipotecaria, en relación con las posibilidades de que dispone el consumidor ante la ejecución (enajenación forzosa) sobre su vivienda habitual.

A continuación, y tras un repaso de las decisiones judiciales del propio Tribunal Supremo y del TJUE sobre la validez de esta cláusula, la sala considera que subsisten dudas en la acomodación del derecho nacional al derecho comunitario aplicable.

2.º Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del Derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo.

3. Ejecución de créditos cedidos

A) Las cuestiones planteadas

55. Se encuentran pendientes de resolución la cuestión siguiente:

1.– ¿Debe interpretarse la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, a la luz de los artículos 38 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que es contraria a las mismas una interpretación jurisprudencial de una disposición legislativa de un Estado miembro, como el artículo 1535 del Código Civil español, que *limite su aplicación a fase declarativa hasta que se dicte sentencia,* impidiendo su aplicación a fase ejecutiva una vez se haya dictado sentencia o habiendo transcurrido el plazo sin haber contestado a la demanda, y entretanto no se satisfaga totalmente el crédito del acreedor?

2.– ¿Se oponen a las normas de la Unión Europea citadas en la primera cuestión una norma de Derecho interno, como el artículo 1535 del Código Civil español, que *permiten la cesión a un tercero de un crédito litigioso en el que sea parte un empresario, por un lado, y un consumidor, por otro, sin que se exija una notificación fehaciente al referido consumidor del hecho mismo de la cesión,* su título o razón de ser, y sin que sea preciso que se indique, documentalmente acreditado (y en todo caso), el precio cierto por el que se adquirió el crédito, señalando la quita o descuento realizado?

y 3.– ¿Debe entenderse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978, en el asunto Simmenthal

(106/ 77), en el sentido de que, en aras de la consecución del objetivo de la Directiva mencionada en la primera cuestión, a la luz de los artículos 38 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *el juez nacional no debe aplicar las disposiciones de Derecho interno*, como el artículo 1535 del Código Civil español, que *impide ejercer el retracto de créditos litigiosos en el mismo procedimiento en el que se ejecuta el crédito cedido, exigiendo al consumidor la carga de iniciar un nuevo proceso declarativo en el plazo de caducidad de 9 días tras la notificación de la cesión*, con los costes que de ello se derivan (abogado, procurador, tasas judiciales, determinación del juzgado competente cuando el cesionario no tiene domicilio en España,…) contra el nuevo titular del crédito cedido para proceder al retracto?

56. La cesión de créditos, globalizada o en carteras, exige separar diversos supuestos aunque todos ellos nazcan del mismo contexto económico enmarcado en la profunda crisis económica que atraviesa España que ha incentivado la compra por Fondos extranjeros –los denominados Fondos buitre– de carteras de créditos o préstamos que pueden haber nuevamente cedido las mismas a un tercero.

Este fenómeno es distinto de la titularización. El régimen español singulariza algunos aspectos de la cesión para su gestión externa de las carteras procedentes de entidades bancarias reestructuradas.

El hecho es que se producida la morosidad crediticia se plantea el posible carácter abusivo de los términos de la cesión, además de otros problemas civiles y procesales.

57. Este hecho, amparado por el denominado MOU (Memorando de Entendimiento sobre las condiciones de política sectorial financiera, de 20 de julio de 2012) , que en su punto 10 recoge claramente el objetivo de … "*segregación de los activos de_los bancos que reciban apoyo público para su recapitalización, y transferencia de sus activos deteriorados a una entidad externa de gestión de activos"*…

Desde entonces se han venido generalizando estas cesiones, en ocasiones para su mera gestión en otras, como parece la presente, para su total desvinculación de la cartera del cedente

Por ello puede hablarse tres supuestos, la ejecución de hipotecas titularizadas; las cedidas en conjunto generalmente a Fondos

extranjeros (los llamados fondos buitre) y las cesiones conjuntas residuales.

Aunque cedidos en conjunto (43), no cabe duda, en todos los casos, de la generación de litigiosidad en la ejecución de los créditos concretos, por ejemplo ante la falta de acreditación de la legitimación del cesionario del crédito, la caducidad de la instancia, la prescripción de la acción ejercitada, el retraso desleal y el abuso de derecho, entre otras.

Deberán distinguirse a fin de realizar un estudio correcto, las aspectos civiles y procesales de la cesión.

58. Desde la perspectiva del deudor cedido la relevancia en las cesiones masivas en base al MoU -gestión externa de carteras de los Bancos que reciben apoyo publico con el fin de obtener una recapitalización y reestructuración que evite el riesgo sistémico- es irrelevante si la consecuencia para el deudor es la vulneración de la directiva 93/ 13/ CEE.

B) Perspectiva civil de la cesión de créditos

59. Desde la perspectiva civil la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2008 intentó fijar doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1535 del Código Civil, aunque ciertamente no permite dar una solución al nuevo contexto económico en que el precepto es alegado.

Previamente la sentencia de 30 de abril de 2007 estableció que conforme a los artículos 1112 y 1526 del CC, *el cesionario puede reclamar el importe íntegro del crédito aunque haya pagado menos por él, sin que ello suponga un enriquecimiento injusto*, ya que cualquiera que fuese el acreedor el deudor paga lo adeudado.

60. En relación al *valor de la notificación* la Sala 1.ª del TS, ha dictado doctrina legal –*vid.* STS de 4 de febrero de 2016– resolviendo que el acreedor cedente y el acreedor cesionario son plenamente libres para concertar una cesión de crédito, al amparo de los artículos 1112 y 1526 del Código Civil y que la cesión de créditos sólo

(43) En general se trata de una incorrecta realización de *due diligence* previa a la cesión.

requiere el conocimiento del deudor cedido *con la única finalidad de que éste no pueda liberarse pagando al acreedor cedente.* Por lo tanto, la notificación es relevante en la esfera interna del reintegro, en la que no debe exigirse formalidad alguna, pues es una relación que no afecta a terceros sino al régimen jurídico del pago y a las acciones de reintegración.

61. El concreto supuesto de la aplicación del art. 1535 en el traspaso en bloque de créditos fue analizado por la STS Sala 1.ª, de 1 de abril de 2015.

El supuesto se refería a que un crédito determinado sea conjuntamente transmitido con otros créditos -litigiosos o no- con traspaso en bloque, por sucesión universal como consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora, unidad económica, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones de la sociedad beneficiaria, en el marco regulatorio de la reestructuración y reforzamiento de los recursos propios del sistema financiero español.

Considera el TS que los deudores no puedan retraer las operaciones que dejaron impagadas y *en situación de litigiosidad ejecutiva*.

62. La ley 11/ 2015 establece, respecto de la inaplicación del derecho de recompra de un crédito litigioso del artículo 1535 del CC en relación a las entidades financieras intervenidas por el FROB.

El artículo 29, ap. 4, letra b) de dicha Ley –anteriormente artículo 36, ap 3 y 4.3 de la Ley 9/2012, de 14/11– que "*para la transmisión de créditos que tengan la consideración de litigiosos, no resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 1535 del Código Civil*" (obsérvese litigiosos en la esfera declarativa y ejecutiva).

Existen asimismo diversos pronunciamientos de Audiencias provinciales y Juzgados de Primera instancia sobre el art. 1535 CC (AP de Madrid, de 26 de junio y 26 de noviembre de 2014 y 18 de febrero 2015).

63. Esa previsión de inaplicación del artículo 1535 del CC debe analizarse sin posibilidad de analogía o extensión, en el contexto de la Ley 11/2015 (arts. 25 y ss.) que regula la transmisión de activos *a una entidad fiduciaria* o a una sociedad de gestión de activos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido resolviendo de forma constante y reiterada que la estructura del crédito litigioso

presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación poniendo de manifiesto que el crédito es objeto de un litigio distinto de la ejecución (STS, Sala 1.ª, de 22 de mayo de 2015).

Por ello tanto si el procedimiento declarativo, con oposición del demandado, ha finalizado como cuando los créditos se hayan cedido con anterioridad a ser reclamados judicialmente no es posible acudir al derecho de recompra regulado en el artículo 1535 del Código Civil.

64. Desde esta perspectiva civil ha de tenerse presente la distinta solución para los créditos cuya conexión de ley aplicable conduzcan a Navarra, por aplicación de la Ley 511 del Fuero Nuevo en la que se aplica la *lex anastasiana.*

"El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor; pero, cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito".

La cuestión que inmediatamente se plantea es la relación conflictual de la ley navarra, es decir cuando es aplicable esta ley y cuando el Código Civil. En su resolución, en cuanto se aplica directamente la unidad territorial –exista o no un elemento internacional– incluso para los conflictos internos, el Reglamento (CE) núm. 593 / 2008, (Roma I) relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, del que resulta la aplicación a la ley pactada y en su defecto a la que presente mayores vínculos, como debe considerarse la residencia habitual o domicilio del deudor, consumidor. Sin perjuicio de la eventual conexión con un derecho real.

65. Dado que el crédito litigioso *presupone la pendencia de un litigio*, es preciso analizar si por litigioso hay que entender los incursos en un procedimiento declarativo o si pueden abarcar los procesos de ejecución en cuanto la sucesión procesal no distingue.

Incluso, –antes de la ley 42/2015, a la que seguidamente nos referiremos– era posible que, ejercitada la sucesión puede ser denegada, con lo cual continuando el transmitente en el juicio, deberían quedar a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre transmitente y adquirente. (Asi lo entendió la STS de 4 de septiembre de 2014).

C) Perspectiva procesal

66. Desde la perspectiva procesal, –dirigida al acreedor– la reforma de la LEC, en la Ley 42/2015, de 5 de octubre, mejora la regulación de la sucesión procesal, estableciéndose que la ejecución podrá despacharse *o continuarse* con quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo y frente al que se acredite que es el sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado. La mención a la continuación en la nueva redacción del precepto, aclara un elemento que ha sido objeto de litigiosidad.

67. Las cesiones fundadas en el MoU presentan a su vez singularidades según se trate de cesión de créditos globales o de titulizaciones.

Estas últimas tienen su marco legal en la Ley 2/1981 de 25 de Marzo, de regulación del Mercado Hipotecario (art. 15) y Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (art. 30 y 31) que derogan los arts. 65 y 66 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

En tal caso se mantiene en poder del Banco acreedor la legitimación para la ejecución, la cual le corresponde por ley aunque el préstamo sea objeto de titulización, pues mantiene la legitimación activa ordinaria para reclamar por el impago de un préstamo titulizado en cuanto la titularidad del préstamo titulizado no deja nunca de ser de la Entidad financiera originadora de la titulización (44).

68. Los fondos de titulización y de las gestoras de estos, como entes sin personalidad jurídica carecen de capacidad para ser parte ex art. 6 LEC (SAP Valencia de 12 de abril de 2016)

Exclusivamente poseen legitimación subsidiaria extraordinaria por inacción de la Entidad financiera conforme art. 31 RD 719/2009, de 24 de abril. Esta legitimación subsidiaria y extraordinaria se acti-

(44) *Vid.* AP Madrid de 28 de enero 2015 y SAP de Valencia de 12 de abril de 2016 y respecto del art. 26.3 Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, la SAP Barcelona de 3 de febrero de 2016 y SAP Tarragona de 17 de septiembre de 2015).

va si la Entidad financiera, donde reside la legitimación activa original y primaria, no actúa en defensa del crédito (SAP, Valencia citada, de 12 de abril de 2016).

Respecto de la legitimación activa de los préstamos hipotecarios titulizados, cebe citar Auto del Juzgado de 1ª Instancia 26 de Barcelona, de 7 de junio de 2016, que analiza la cesión del remate a un Fondo de Titularización Hipotecaria.

69. Conforme al artículo 15 de la LMH y los artículos 26,3 y 30 y 31 del RD 716/2009, de 24/04, la legitimación procesal ordinaria para la ejecución hipotecaria corresponde al Banco emisor de las participaciones hipotecarias, salvo que concurran las circunstancias que determinan la legitimación subsidiaria por subrogación del titular de la participación hipotecaria por la cuantía de su respectiva participación (45).

70. La sucesión procesal derivada de la cesión de créditos a fondos de inversión, debe considerarse acreditada (es contratación B 2 B) mediante póliza notarial o elevación a público del contrato de cesión de crédito, (art 17 LN) al que cabe añadir la notificación de la cesión al deudor suscrita por cedente y cesionario, el certificado del saldo deudor y el contrato de financiación o compraventa suscrito por el deudor (46).

La clave está en si el art. 1535 CC puede aplicarse al procedimiento de ejecución por titulo no judicial –como sostiene una corriente jurisprudencial– o se limita al procedimiento declarativo.

Realmente, con independencia de la existencia o no de notificación formal, el deudor posee cauces de protección en ambos procedimientos (47).

---

(45) No puede considerarse constitutivo el valor de la comunicación o información al registro de la propiedad para la constancia en una anotación al margen de la cesión.

(46) *Vid.* Autos SAP Barcelona, 21 de abril de 2106; AP Madrid 9 de marzo de 201 o Auto de la Sala 1.ª del TS de 16 de febrero de 2016, que admite la sucesión procesal de la entidad cesionaria.

(47) Al juez le es posible apreciar la abusividad de las cláusulas del título ejecutivo y establecer que la deuda en cuanto no ha superado los obligatorios controles no puede considerarse que sea determinada, líquida, vencida y exigible, y por lo tanto no cabe su ejecución. Incluso en un proce-

4. Otras cuestiones planteadas

A) Permuta financiera

71. La sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 que confirma la nulidad de un contrato de permuta financiera por error en el consentimiento.

Esta sentencia sigue la estela de la STJUE de 30 de mayo de 2013 (C-604/2011), el instrumento financiero es ofrecido al cliente, este producto ha sido ofrecido en general no a un consumidor persona física, sino a los autónomos y PYMES.

72. Recordemos que en el ámbito de los servicios financieros, las Directiva MIFID, establece el concepto de cliente minorista, concepto autónomo que excede del estricto concepto de consumidor. (48)

Seguimiento de la Comisión europea.

73. La Comisión Europea el 24 de septiembre de 2015, informa a petición del Tribunal de Justicia de la UE sobre el asunto prejudicial C-154/15 que contradice la doctrina del Tribunal Supremo español pues estima que no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de lo pagado por el consumidor, ya que si una cláusula es declarada nula lo es desde el origen.

---

so de ejecución hipotecaria, pueda ser utilizado el trámite del artículo 559 de la LEC, pues constituyendo cosa juzgada material (art. 222 LEC),

(48) MIFID (Directiva 2004/39/EC y la posterior Directiva 65/2014 –MIFID I y II introducen un régimen regulatorio común para los servicios financieros en los, actualmente veintiocho estados miembros de la Unión Europea, y en otros tres Estados del Área Económica Europea (Islandia, Noruega y Liechtenstein) Regulan las obligaciones de información y evaluación de idoneidad y conveniencia. Es relevante el conocimiento precontractual sobre el producto y sus riesgos y por lo tanto la falta de información vicia el consentimiento. La laguna evidente –e injusticia por la discriminación de trato contra las personas empresarias y entidades en desigualdad– en el Derecho europeo en el que las pymes, –aún personas físicas– carecen de efectivos controles de condiciones generales y especialmente respecto de las abusivas, que se sustituyen por presunciones sobre el conocimiento precontractual.

74. Adicionalmente, España, como otros Estados miembros es asimismo objeto de seguimiento y coordinación por la Comisión europea que es consciente del grave problema social que suponen los denominados deshaucios –lanzamientos tras ejecución hipotecaria–, hasta el punto de introducir el art. 28 en la Directiva 2014/17/UE a la que Infra nos referimos.

V. LAS SUCESIVAS REFORMAS LEGALES

75. Tras la Sentencia Aziz, como ya se ha destacado, se publicaron en España diversas leyes con el objetivo de adecuar sus pronunciamientos al ordenamiento jurídico español. Exactamente seis leyes.

76. La Ley de Enjuiciamiento Civil fue objeto de modificación por leyes (previamente se había publicado el RDL 6/ 2012) Ley *1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*;. Por su parte, la *Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas* vuelve a modificar la LEC; RDL 11/2014; Ley 9/2005; 19/2015 y finalmente Ley 42/2015.

77. El Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social entre otros temas modifica la redacción del apartado 2 del artículo 178, en los siguientes términos:

"2. Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme."

78. La ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (que tiene su origen en el RDL 11/2014) que incide en los acuerdos extrajudiciales y su homologación.

79. La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil., en su disposición final 3.ª dice modificar las letras a) y f) del apartado 2.º del artículo 129 de la LH, pero la realidad es que reproduce literalmente su texto según fue aprobado por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

80. La Ley 42/2015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil modifica el articulo 815 de la norma, en el marco del procedimiento monitorio (49).

Con ello da cumplimiento a la Sentencia TJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto).

Se introduce el control de oficio de las cláusulas abusivas como justifica su Exposición de Motivos (50).

---

(49) Se añade un apartado 4 al artículo 815: "4. Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. *El juez examinará de oficio* si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el secretario judicial procederá a requerir al deudor en los términos previstos …. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso".

(50) "… Por último, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10, donde, tras el examen de la regulación del proceso monitorio en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, declaró que la normativa española no es acorde con el derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, en la medida

81. El Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, es el último hito, a expensas de la aun pendiente modificación de la Ley Hipotecaria, cuyo informe fue examinado por el Consejo de Ministros el pasado 17 de febrero de 2017 (51).

Ante la certeza de una avalancha de demandas por esta razón, al menos de los consumidores que no pactaron con su Banco o que no les devolvieron hasta la fecha establecida, (quienes a mi juicio podrán reclamar lo restante), el Gobierno aprobó el Real Decreto ley 1 /2017, que intenta, con buena redacción y dicción, lo que es *rara avis* de por sí, pero, también, con muchas dudas, buscar una solución que contente a todos, que no consigue plenamente.

82. El Decreto ley, establece un procedimiento basado en la creación por las Entidades afectadas de un servicio de reclamaciones –no un procedimiento extrajudicial porque no se encomienda a un tercero– a fin de obtener un acuerdo que evite el procedimiento judicial; impone un plazo de cuatro meses, contando el mes de creación del servicio a contar desde el 20 de enero, en el que el solicitante, pues la actividad corresponde al prestatario, debe acreditar la cláusula; alegar que no es transparente, por lo tanto abusiva y solicitar la devolución. El Banco, puede oponerse o acordar con el consumidor una solución distinta. Éste no podrá ejercer, en el plazo, acciones judiciales o *extrajudiciales*, –se supone que mediación o conciliación, o cuando sea posible arbitraje de consumo–. Si pleitea después, le puede suponer una condena en costas. Fiscalmente, si el prestatario se deduce intereses por tener la finca alquilada, deberá hacer una declaración complementaria; si es vivienda habitual, ajustará las deducciones realizadas, cálculos todos ellos que corresponden al consumidor. Una solución distinta, es novar el préstamo. Aunque se

---

«que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición»"

(51) Cuyo alcance, limitado, se concretará en el refuerzo de la protección del consumidor, en materia de transparencia e incorporando los últimos fallos de los altos Tribunales.

reducen notablemente los aranceles notariales y registrales, nada se dice de otros gastos dispuestos por la Entidad; gestor, en su caso tasador o productos asociados que deberá aceptar la nueva situación que deberá pasar idénticos controles de transparencia.

83. Ya se han señalado las consecuencias del clima de inseguridad creado.

Cuando aun no se había puesto en marcha el procedimiento extrajudicial determinado por el RDL 1/2017, el 26 de enero de 2017 se publica una nueva sentencia en el TJUE, que declara abusiva la cláusula que establece el vencimiento anticipado en los prestamos o créditos hipotecarios, en determinadas circunstancias que debe valorar un Juez, pero sobretodo anula la disposición transitoria 4ª de la ley 1 /2013, y declara que una resolución con fuerza de cosa juzgada, no impide que en incidente de oposición el juez deba posteriormente analizar el eventual carácter abusivo de una cláusula.

En esta situación, en la que aun quedan importantes pronunciamientos pendientes como las cláusulas multidivisas o la ejecución hipotecario por acreedores cesionarios, puede limitarse aún más el crédito. En efecto, destruir el sistema ejecutivo hipotecario conlleva el riesgo sistémico de que se cierre la financiación a largo plazo de bienes inmuebles o de medios empresariales clave para el mantenimiento de la clase media y por tanto para la estabilidad democrática de un país. (52)

84. Los notarios, que han pagado un grave precio reputacional, en la mayoría de los casos injustamente, reclaman hace años herramientas jurídicas que les permitan efectuar, un control efectivo de transparencia, sin merma de la superior actividad judicial, así como que se les dote de un régimen disciplinario efectivo, especialmente dirigido a evitar la concentración de firmas de prestamos hipotecarios en notarios elegidos por la Entidad, hecho que tras la sentencia de la *Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 23 diciembre de 2015*, que declara abusiva la cláusula en que la Entidad bancaria repercute los gastos de la operación al cliente, puede suponer por una mera razón de efectividad económica y ahorro de costes, la dificultad, es-

(52) *Vid*. Fernández-Tresguerres, A., "Revista jurídica digital del *Eleconomista Iuris&lex,* enero 2017.

pecialmente en las grandes ciudades, de elección de notario por el consumidor. Esta limitación, puede crear una situación abusiva para el prestatario en cuanto se le impida elegir a su notario, o en caso de carecer de una relación de confianza y profesional concreta, acudir al que le genere mas confort por su proximidad o referencias.

En todo caso, debe ser obligatorio, como se insistirá, que el notario participe activamente en la fase precontractual, informando individualmente al consumidor días antes, y con el detalle que cada cláusula requiera de las condiciones cerradas del préstamo, lo que se reflejará, de acuerdo con el consumidor, en el documento. Con ello mejoraría el actual sistema de firmas hipotecarias, en muchos casos externalizado, favoreciendo que el prestatario pueda ejercer este derecho que es básico y previo a cualquier otra consideración.

VI. TITULOS EXTRAJUDICIALES

1. Importancia práctica

85. Una ley debe facilitar al notario herramientas –de las que hoy está desprovisto– para que pueda ejercer un adecuado control de transparencia, que permita la inserción y el contenido de cláusulas abusivas, tanto por haber sido declaradas abusivas por el tribunal Supremo como por ser obviamente abusivas en el caso concreto (53).

Es falso cualquier debate sobre la inexistencia de un auténtico control de legalidad notarial, pues su inexistencia se limita a un tema formal de jerarquía normativa (54). Dejando al margen otros

(53) *Vid.* González-Meneses García-Valdecasas, M.: "La protección del consumidor y la función notarial". AAMN 2016, en prensa, reflexiona sobre el papel del notario en la formalización del contrato y el cumplimiento de todos los deberes de asesoramiento e información que le son propios. Que puedan convertir el contrato de crédito en una "cláusula negociada individualmente". Entender lo contrario, dice con gran razón, le perjudicaría en lugar de protegerle porque perdería por el paso por la notaría, "esa protección específica derivada del control de contenido sobre las cláusulas no negociadas individualmente".

(54) Derivado de la anulación por el TS, Sentencia de 20 de mayo de 2008 (Sala 3.ª) de determinados artículos del RD 45/2007 que modificaba el Reglamento notarial.

argumentos (entre los que no es baladí la consagración en la Ley 24/ 2001 del control de legalidad notarial) es claro que el notario analiza, valora y decide en relación con la regularidad formal y material de los negocios jurídicos que se someten a su ministerio, porque, en puridad, el único cuerpo de funcionarios que posee control de legalidad es la Judicatura.

83. El notario está presente en la formación del contrato y en su estipulación, en la entrega del bien financiado, en la entrega de la financiación misma y es obvio que su función y asistencia es capital para formar una correcta voluntad negociada de la partes. ¿Como es posible que no esté regulada ésta materia pese a ser un precepto *"maquetado en busca de ley"* que ha pasado por la Ley 15/2015, 19/2015, 25 /2015 y 42 /2015 sin encontrar apoyo legislativo? (55).

84. El notario además es un instrumento útil para el TJUE y a través del Juez –mediante la denegación de su función– debe poder plantear cuestiones prejudiciales atinentes (*Vid.* art. 267 TFUE) Pero sobretodo tiene interés su papel en la ejecución hipotecaria.

Debería ser reforzada su posición de control en la expedición de copias ejecutivas, base según el artículo 517 de la LEC de la acción agresiva de la Entidad acreedora y debe ser modificada y agravada su responsabilidad, incluso documental, en la determinación del saldo pendiente.

En esta línea debe demandarse la libre elección de notario para contratar un préstamo y su competencia territorial para preparar la ejecución y ejecutar, que es la formula, *el ticket,* que mejor garantiza la protección del consumidor –esperemos que también de la Pyme auténtica perjudicada por el sistema–.

85. Ahora, el Tribunal de primera instancia de Jerez al formular la cuestión prejudicial C- 598/ 15 presenta la oportunidad de aclarar que el notario debe de gozar de instrumentos claros de comunicación con el juez en el procedimiento extrajudicial del art. 129 de la LH.

No es un testigo mudo que "advierta" y sobre el que el cliente pueda "irse a otro" . Está obligado por razón de su función a notificar

(55) Mas adelante se hará referencia a este tema.

al Juez su percepción, de jurista práctico especializado, de que no se han cumplido adecuadamente en la concertación los controles de transparencia, inserción y contenido.

Esta comunicación directa con el Juez, evitará el efecto de la STS de 23 de septiembre de 2015, que al obligar al pago arancelario a los Bancos impone el establecimiento de instrumentos adecuados contra el clientelismo que agravaría la posición del consumidor. Será la base del control extrajudicial de la ejecución sobre estas cláusulas, ayudando a la interdicción de conductas injustas y por tanto al crecimiento económico, en el que la concertación de financiación a largo plazo es imprescindible.

86. El papel del notario es evidente en las fases precontractual, contractual y de ejecución, en cuanto participa en la formación del negocio y en la entrega de la financiación y en determinados supuestos, al amparo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria.

Que se inscriba o no determinada cláusula es indiferente pues la inscripción se mueve en un momento posterior, de configuración de cláusulas reales no contractuales, por lo que la inscripción registral nada altera la naturaleza del negocio y perjudica al deudor su denegación dado que el efectivo control de inserción y contenido es siempre judicial.

87. En esa posición es evidente que el control de transparencia del cláusulado corresponde al notario, en cuanto el negocio se perfecciona ante él, momento en que se le entregan los fondos al consumidor.

En la X legislatura, no fue posible como se ha indicado, establecer con rango de ley el control de transparencia (56) ni una modificación del articulo 129 de la Ley Hipotecaria.

---

(56) ENMIENDA NUMERO X DE MODIFICACIÓN

Modificación de los artículos 552, 557 y 695 de la ley 1/2000, de 1 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

552. Denegación del despacho de la ejecución. Recursos

1. Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución.

Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como

abusiva, *o pueda no superar el control de transparencia*, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª

Artículo 557 Oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales

1. Cuando se despache ejecución por los títulos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º, así como por otros documentos con fuerza ejecutiva a que se refiere el número 9.º del apartado 2 del artículo 517, el ejecutado sólo podrá oponerse a ella, en el tiempo y en la forma prevista en el artículo anterior, si se funda en alguna de las causas siguientes:

1.ª Pago, que pueda acreditar documentalmente.

2.ª Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva.

3.ª Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie.

4.ª Prescripción y caducidad.

5.ª Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente.

6.ª Transacción, siempre que conste en documento público.

7.ª Que *el título contenga cláusulas abusivas o pueda no superar el control de transparencia*.

Artículo 695 Oposición a la ejecución

1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1.ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

3.ª En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos

con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.

4.ª El carácter abusivo *o no transparente de una cláusula contractual* que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

……..

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva, o *su inaplicación por falta de transparencia* o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.

JUSTIFICACIÓN

Dotar al Juez de instrumentos normativos que le permitan ejercer con carácter definitivo el control de transparencia.

ENMIENDA NUMERO X DE ADICIÓN

DISPOSICIÓN ADICIONAL NUMERO

De inclusión; articulo 82 bis del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) con el siguiente tenor:

Artículo 82 bis. Del control de transparencia

El control de transparencia exige que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo.

De acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior y en base al principio de buena fe contractual, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual del predisponente, dirigido a que el consumidor y usuario pueda evaluar directamente las consecuencias jurídicas y económicas derivadas que asume.

El control de transparencia, como parte integrante del control de abusividad, no puede limitarse a un mero contraste interpretativo sobre la claridad o inteligencia gramatical de la redacción empleada, sino que requiere de un previo enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles para que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que se derivan del contracto ofertado.

Articulo 82 Ter

1.En los préstamos y créditos contratados con consumidores y usuarios los notarios deberán, sin perjuicio de la obligación del predisponente,

conforme a lo establecido en el articulo anterior, informar especialmente a éstos, presentes en el otorgamiento, a fin de que estén en condiciones de evaluar correctamente las consecuencias jurídicas y económicas de la reglamentación documentada en el instrumento publico.

2. Esta obligación de los notarios se extenderá a cualquier otro documento por ellos autorizado o intervenido, dotado de eficacia ejecutiva en que existan cláusulas predispuestas y seriadas e intervenga un consumidor o usuario.

3.En su virtud, los notarios, establecerán, en forma separada y distinta de las cláusulas predispuestas, las cláusulas o elementos de las mismas que exijan, por sus consecuencias económicas o jurídicas presentes o previsiblemente futuras, de una comprensión especial del consumidor y usuario. A tal efecto, incorporarán los criterios precisos que resulten necesarios para la comprensibilidad real de la cláusulas objeto de control.

4.Los registradores de la propiedad comprobaran que las cláusulas seriadas contenidas en el instrumento público, por su redacción, han superado el control de transparencia. Solo en caso de considerar que dicho control debe ser completado, informarán al consumidor o usuario, adicionalmente, de las consecuencias jurídicas y económicas presentes o previsiblemente futuras de la cláusula o cláusulas seriadas que a su juicio no superan el control de transparencia. La notificación se hará en el domicilio señalado para notificaciones y de la misma se dejara constancia en el asiento y en el pie de inscripción del documento. La comunicación del registrador formara parte de la información suministrada al consumidor o usuario.

JUSTIFICACIÓN**,**

Aclarar la función de notarios y registradores en orden al control de transparencia

ENMIENDA NUMERO : DE MODIFICACIÓN

Modificación del Artículo 83 del Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre del texto refundido de la ley general de defensa de consumidores y usuarios

Declaración de Abusividad y régimen jurídico aplicable a la relación contractual.

Las cláusulas declaradas abusivas serán nulas de pleno derecho.

Declarada judicialmente la abusividad , el Juez, que carecer

E MODIFICACION

clrada o que puebusividad declrada o que puediera ser declarada. faciliatata manera se le favorece reviamentecidá de facultades de moderación o de integración contractual de las cláusulas nulas, determinará, sin embargo, los efectos que se deriven de la ineficacia de la cláusula en el contrato celebrado.

Conforme al principio general de Derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos, de especial incidencia en la contratación seriada, la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión no comportará, por sí

2. Integración del título ejecutivo notarial

98. Antes de valorar en la ejecución la existencia de una cláusula abusiva –que conduzca a la paralización del procedimiento, cabe hablar aun de una fase pre ejecutiva en la que se forma el titulo ejecutivo en su integridad– escritura publica mas en su caso documento fehaciente para la liquidación de los intereses de cálculo variable.

---

sola, la resolución del contrato, que seguirá siendo eficaz entre las partes, siempre que éste pueda subsistir sin la cláusula declarada abusiva.

A estos efectos, el Juez podrá integrar el contrato, sustituyendo la cláusula declarada abusiva por otra que resulte conforme a los principios básicos de la regulación contractual aplicable al caso, de acuerdo con los parámetros de buena fe y equilibrio contractual. En caso de proceder a la resolución del contrato, deberá determinar los efectos inherentes a la misma.

La declaración de abusividad de la cláusula predispuesta tampoco será obstáculo para que el Juez, conforme a lo solicitado por las partes, entre a enjuiciar otros extremos pertinentes al cumplimiento o ejecución de la relación contractual, todo ello conforme a las disposiciones en materia de contratos y a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil.

Los Notarios, habrán de denegar su autorización y los Registradores de la propiedad no inscribirán, por defecto insubsanable, aquellas cláusulas que sean nulas en cuanto contrarias a normas imperativas o prohibitivas por tener legalmente tal carácter o por haber sido declaradas nulas por la Sala primera del Tribunal Supremo.

Adicionalmente, se publicará un código de buenas prácticas hipotecarias, que facilite la exclusión de cláusulas predispuestas que pudieran ser declaradas abusivas. Corresponderá al Ministerio de Economía y Competividad y al Ministerio de Justicia, coordinadamente, la iniciativa de su redacción que deberá estar actualizada, así como la publicación de dicho código.

JUSTIFICACIÓN Articular y facilitar la actuación de Jueces, notarios y registradores de la propiedad en atención a sus funciones, respecto de la abusividad o falta de transparencia declarada o que pudiera serlo razonablemente.

ENMIENDA NUMERO …DE ADICIÓN DISPOSICIÓN DEROGATORIA

A la entrada en vigor de la presente Ley queda derogado:

El articulo artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, restructuración de la deuda y alquiler social.

JUSTIFICACIÓN El control de transparencia notarial ahora regulado es incompatible, con la normativa, provisional, que conducía a la consignación de la expresión manuscrita.

Se pregunta Gómez-Riesco (57) acerca de posible apreciabilidad de oficio por el notario de existencia de cláusulas abusivas en la fase pre- ejecutiva y si esta ha de ser considerada facultad o bien obligación notarial.

89. La cuestión se sitúa en el contexto de expedición de copias, reprodución protocolar que conforme al podría negarse a expedir copia ejecutiva actundo en si misma la amplitud de la legitimacion del acreedor como una clásula abusiva

La DGRN en sentencia posteriormente confirmada por los Tribunales dictó la resolucion de 15 de junio de 2015, (servicio notarial) sobre la negativa de un notario rectificar un titulo ejecuto europeo expedido en base al Reglmento 805/2004.

Se encuentra pendiente de fallo la cuestion C-485/15 respecto de est Reglamento *en la que ante la negativa de un notario croata a la ejecución extrajudicial el Juez pregunta sobre el alcance del* artículo 3, apartado 1, letra d), del Reglamento núm. 805/2004 (58).

---

(57) Gómez-Riesco Tabernero de Paz, J. M.: "*Notas sobre el crédito hipotecario en la Unión Europea* ", pendiente de publicación en los Anales de la Academia sevillana del Notariado, en relación a la (*STJUE Erste Bank (2015) –opinión A. G. Cruz Villalón)–*

(58) Que establece que el mismo se aplicará a documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados, definiendo el crédito no impugnado como aquél que *"el deudor haya aceptado expresamente"*. La dicción literal del precepto inclina a pensar que el propio documento público con fuerza ejecutiva ha de incorporar la declaración expresa del deudor de reconocimiento de la deuda (al menos, en sus elementos esenciales: esto es, importe y exigibilidad, conforme al artículo 4, apartado 2, del propio Reglamento), a efectos de permitir la creación de un título ejecutivo europeo. También debe tenerse presente el artículo 4, apartado 3, del Reglamento nº 805/2004 define qué se entiende por "*documento público con fuerza ejecutiva*". ¿quid la notificación regular sin oposición, por ejemplo en el art. 71 de la LJV?

Obsérvese que la denegación de funciones notariales es objeto de actuación ante el Juez y éste presenta cuestión prejudicial. (Se pregunta Gómez-Riesco (*Op. cit.*) si puede el Notario remitir una cuestión prejudicial (267 TFUE) al TJUE interrogando sobre el carácter abusivo o no de una cláusula, En la ejecucion, 129 LH y 76 LN y en la pre-ejecución (expedición de copia).

A nuestro juicio el notario debe dirigirse al Juez. Por ello es urgente la regulacion de la denegacion de funciones, tras la anulacion del art. 145 del RN por STS de 20 de mayo de 2008.

90. La negativa a expedir copia con carácter ejecutivo plantea diversas cuestiones en relación al valor de la copia como título imprescindible para el despacho de la ejecución.

En efecto, el artículo 17 LN, define, tradicionalmente, la primera copia como el primer traslado de la escritura matriz y distingue entre copia ejecutiva –la primera en saca de tal carácter– del ordinal propio de la saca de matriz, apartado 1, párrafo cuarto, segundo inciso: *"A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter. Expedida dicha copia, el Notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la solicitó" .*

El artículo 18 de la LN no se modifica con ocasión de la ley del 2000 –pese a tener su sentido cuando coincidían primeras copias y copias ejecutivas–. Su justificación y la subsistencia del artículo 517.1.4 LEC, invariado, solo puede encontrarse en una suerte de régimen transitorio, sistemáticamente mal ubicado en el texto.

El RD 45/2007, modifica el artículo 233 RN, separándolo del art. 18 de la LN. Observándose que el art. 517.1.4 sigue refiriéndose a las formalidades de este precepto reglamentario que desde 2007 ha cambiado su contenido.

El artículo 233 RN, tras reproducir en términos idénticos el contenido del artículo 17 LN antes añade: *"En todo caso, en la de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva"*

En el segundo párrafo añade: *"Expedida una copia con eficacia ejecutiva, sólo podrá obtener nueva copia con tal eficacia el mismo interesado con sujeción a lo dispuesto en el artículo 517.2.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"* precepto que, ahora ya no hace mención al fiscal que sin embargo si conserva en los arts. 18 LN y 234 RN, que por su parte siguen vigentes.

91. El régimen es por tanto algo confuso y aun mas cuando se trata de dotar de eficacia ejecutiva a los títulos internacionales tal como resultan del Reglamento (UE) núm. 805/2004 al que anteriormente se aludía

Si la deuda presenta interés variable hay que añadir al título conforme al artículo 218 del Reglamento notarial el *documento fehaciente* que el artículo 573.1.2.º LEC exige acompañar a la demanda cuando se trate de despachar ejecución por saldo de operaciones, lo mismo en virtud de escritura pública que de póliza intervenida.

El precepto exige una verificación técnica por parte del notario para comprobar si, a la vista de los correspondiente extractos contables que el acreedor deberá facilitarle, la liquidación se ha efectuado conforme a lo pactado en el título ejecutivo.

Cabe que el propio documento haga constar *cualquier precisión de* carácter *jurídico*, *contable* o *financiero* que el notario estime oportuna.

92. Este marco jurídico, técnicamente impreciso, se complica adicionalmente con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 685 que establece a su vez un doble marco según la Entidad ejecutante sea o no Entidad que legalmente pueda emitir cedulas o garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios

Para la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se completará con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto de la ejecución.

93. El régimen general está en el párrafo segundo:

"A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley.

Se añade ahora un párrafo 5 en vigor desde el 15 de octubre de 2015, integrado por el apartado veinticuatro del artículo primero de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrati-

va en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, a cuyo tenor:

"5. A los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579 será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial. Esta notificación podrá ser practicada por el procurador de la parte ejecutante que así lo solicite o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el Secretario judicial.

La cantidad reclamada en ésta será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial."

Por tanto, como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1.ª) Auto número 72/2015, de 23 de marzo, del juego coordinado de los artículos 517, 685.2 y 685. 4 resulta un régimen especial para las Entidades de Crédito de interpretación restrictiva (59).

(59) No se aplica a la sociedad de gestión de activos procedentes de la restructuración bancaria.

La constitución de SAREB responde al MOU establecido entre la UE y España, del que deriva su régimen jurídico. Posee una estructura atípica y especial dirigida a facilitar la gestión de los activos derivados de crisis bancarias. No es por tanto una Entidad de Crédito. La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, determina su régimen normativo general dirigido a la finalidad de que *los poderes públicos dispongan de los instrumentos más adecuados para realizar la reestructuración* y, en su caso, la resolución ordenada de las entidades de crédito que atraviesan dificultades. Un instrumento esencial es este diseño es la adjudicación o adquisición de activos en pago de deudas al que se refiere el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos. Esta norma define en su articulo 2 c) los *Activos adjudicados o adquiridos en pago de deudas*, parte esencial del mecanismo de saneamiento de los balances mediante la gestión de Sareb a aquellos activos que la entidad de crédito o cualquier entidad sobre la que esta ejerza control en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio recibe de sus deudores o de terceros en sustitución, subrogación real o compensación, total o parcial, de activos financieros que representan *derechos de cobro frente a sus deudores,* con independencia del modo en que se adquiera su propiedad. El valor del activo con garantía hipotecada se determina teniendo en cuenta su ejecución y

3. Ejecución extrajudicial

94. El artículo 129 LH requiere una urgente actualización (60) en

---

la prioridad resultante de su rango. Articulo 11 párrafos 2 y 3: "2. El valor económico de los derechos de crédito que cuenten con garantía real de primer rango sobre bienes inmuebles, debidamente constituida y registrada a favor de la entidad, se calculará teniendo en cuenta el correspondiente a la garantía valorada de acuerdo con los criterios contenidos en el artículo anterior, una vez descontados los gastos necesarios para *la ejecución de la garantía* y venta posterior del inmueble. 3. El valor económico de los derechos de crédito clasificados como dudosos se corresponderá únicamente con la parte cubierta con garantías reales de primer rango descontados los gastos necesarios para *la ejecución de la garantía* y venta de los activos en garantía."

La ejecución es por tanto un elemento clave en la cesión y adjudicación de los activos en cuanto determina la operatividad sobre éstos y su valoración. Puesto en relación el Real Decreto frente a la Ley del Notariado y Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta que los derechos de cobro, precisarían en la acción de ejecución directa.

(60) No fue posible en la X legislatura, convirtiéndose en un precepto en busca de Ley, tras fracasar su inserción en varios textos legales especialmente leyes 19 y 42/2015 . Esta es la disposición fracasada: Artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria. De adición.

Se propone la inclusión de la modificación *del apartado 2 del artículo 129 de la Ley Hipotecaria* en la nueva disposición final quinta del PLRLEC, que quedaría redactado como sigue: "Disposición final quinta. *Modificación de la Ley Hipotecaria.*

Se modifica el apartado 2 del artículo 129, que queda redactado del siguiente modo:

"Dos. El apartado dos del artículo 129 queda redactado como sigue:

2. La venta extrajudicial de bienes inmuebles se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes:

a) El valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, y en otro caso al 75 por ciento de dicho valor.

b) La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que debe proporcionar el acreedor, que en el momento de la venta extrajudicial el

inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución o en instrumento notarial posterior debidamente reflejado en la inscripción registral.

Igualmente, en la escritura se hará constar la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante. A tal efecto podrá designarse al propio acreedor.

c) La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114. En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca. En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial, se deberá acompañar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

d) El Notario, tras comprobar el cumplimiento de los todos los extremos y previa consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en la legislación especial, aceptará, en su caso, el requerimiento de venta en pública subasta.

Si acordare su procedencia, el Notario pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del expediente con expresa especificación del número de identificación fiscal del titular persona física o jurídica cuyo bien vaya a ser objeto de la subasta. El Registro Público Concursal notificará al Notario que esté conociendo del expediente la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal.

El Notario pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la finalización del expediente cuando la misma se produzca.

e) La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el Portal de Subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta, sus condiciones y trámites esenciales serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil con las singularidades establecidas en los siguientes apartados.

El requerimiento al deudor y las notificaciones al tercer poseedor, hipotecante no deudor y titulares, en su caso, de derechos inscritos con posterioridad al derecho real de hipoteca que se ejerce, habrá de realizarse en el domicilio que conste consignado por cada uno de ellos en el Registro de la Propiedad. El requerimiento o notificación se hará por el Notario, en la

forma que resulte de la legislación notarial, en la persona del destinatario, si se encontrare en el domicilio señalado. No hallándose en el domicilio, el Notario llevara a efecto la diligencia, con la persona mayor de edad que allí se encontrare y manifieste tener con el requerido, relación personal o laboral. El Notario hará constar expresamente la manifestación de dicha persona sobre su consentimiento a hacerse cargo de la cedula y su obligación de hacerla llegar a su destinatario.

No obstante lo anterior, será válido el requerimiento o la notificación realizada fuera del domicilio que conste en el Registro de la Propiedad siempre que se haga en la persona del destinatario y, previa su identificación por el Notario, con su consentimiento, que será expresado en el acta de requerimiento o notificación.

En caso de que el destinatario sea una persona jurídica el Notario entenderá la diligencia con la persona mayor de edad que se encontrare en el domicilio señalado en el Registro de la Propiedad y que forme parte del órgano de administración, que acredite ser representante con facultades suficientes o que a juicio del Notario actúe notoriamente como persona encargada por la persona jurídica de recibir requerimientos o notificaciones fehacientes en su interés.

Cuando el requerimiento o notificación no pueda ser cumplimentado de acuerdo a las normas anteriores, se llevará a cabo mediante publicación en el Boletín Oficial del Estado en la forma y con el contenido previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la acción directa contra bienes hipotecados.

f) Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo o no ser transparente, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos. El Notario pondrá en conocimiento del Juez de su domicilio esta circunstancia a fin de que este se pronuncie sobre el carácter abusivo y sobre la falta de transparencia de la cláusula o cláusulas en cuestión.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial, además, cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo o no transparente de dichas cláusulas contractuales. La cuestión sobre dicho carácter abusivo o no transparente se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil. Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva o no transparente que constituya el fundamento de la ejecución o hubiera determinado la cantidad exigible, por haber sido declarado así por el Juez, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.

g) Además de la causa establecida en el apartado anterior, la venta extrajudicial solo se suspenderá por alguna de las siguientes causas:

1.ª Cuando se presentare al Notario resolución judicial, aun provisional, justificativa de la inexistencia o extinción de la obligación garantizada o certificación del Registro correspondiente acreditativa de estar cancelada la hipoteca o presentada escritura pública de carta de pago.

2.ª Cuando se acredite documentalmente la existencia de causa criminal que pudiere determinar la falsedad del título en virtud del cual se proceda, la invalidez o ilicitud del procedimiento de venta. La suspensión subsistirá hasta el fin del proceso.

3.ª Si se justifica al Notario la declaración de concurso del deudor o la paralización de las acciones de ejecución, en los supuestos previstos en la legislación concursal aunque ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta del bien. En este caso solo se alzará la suspensión cuando se acredite, mediante testimonio de la resolución del Juez del concurso, que los bienes o derechos no están afectos, o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. También se alzara en su caso, cuando se presente homologación judicial del acuerdo alcanzado o escritura pública o certificación que cierre el expediente junto con su comunicación al Juez competente y al Registro Público Concursal.

4.ª Si se interpusiera demanda de tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad, anterior a la fecha del título en el que base la subasta. La suspensión subsistirá hasta la resolución de la tercería.

5.ª Si se acreditare que se ha iniciado ya un procedimiento de subasta notarial sobre los mismos bienes o derechos. Siendo notarial, esta acreditación se realizará mediante copia autorizada o notificación de los sistemas informáticos del Consejo General del Notariado. Estos hechos podrán ponerse en conocimiento del Juzgado correspondiente, a juicio del Notario.

En los casos precedentes, si la causa de la suspensión afectare sólo a parte de los bienes inmuebles garantizados con la hipoteca, podrá seguirse el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor o promotor del procedimiento.

h) La suspensión de la subasta por un periodo superior a 15 días llevará consigo la liberación de las consignaciones o devolución de los avales prestados, retrotrayendo la situación al momento inmediatamente anterior a la publicación del anuncio. La reanudación de la subasta se realizará mediante una nueva publicación del anuncio y una nueva petición de información registral como si de una nueva subasta de tratase.

i) Una vez concluido el procedimiento, el Notario expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas, todo ello con aplicación de las reglas de imputación contenidas en el artículo 654.3 de la Ley de En-

juiciamiento Civil. Cualquier controversia sobre las cantidades pendientes determinadas por el Notario será dilucidada por las partes en juicio verbal. El sobrante será depositado por el Notario, en su caso, en la Entidad financiera colaboradora de la Administración de Justicia.

j) Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se procederá a la protocolización del acta y al otorgamiento de la escritura pública por el rematante o el adjudicatario y el dueño de la finca o la persona designada conforme al artículo 234 del Reglamento Hipotecario.

En la escritura se harán constar los trámites y diligencias esenciales practicados en cumplimiento de lo establecido en el presente artículo y, en particular, que se practicó el requerimiento de pago y las notificaciones prevenidas; que el importe de la venta o adjudicación fue igual o inferior al importe total garantizado por la hipoteca y, en caso de haberlo superado, que se consignó el sobrante en la forma prevista.

La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca realizada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca.

k) La Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario, excepto las remisiones concretas señaladas en este artículo, y en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

JUSTIFICACIÓN Se acomoda la modificación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y especialmente al contenido de sus sentencias de 14 de marzo de 2013 y de 17 de julio de 2014 que han provocado ya la modificación de la legislación española en materia de procedimiento civil. Además y de acuerdo a una dilatada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, se da rango legal a los trámites esenciales de la venta extrajudicial.

En especial, se actualiza su régimen jurídico en la siguiente forma:

Se acomodan los trámites esenciales a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la realización de la subasta electrónica y régimen supletorio (Proyecto CORA).

Se adapta el sistema de notificaciones a la doctrina constitucional y a las resoluciones de este Centro Directivo.

Se incide en normas de protección de consumidores, conjuntamente con las enmiendas previstas en relación al TR LGCYU, singularmente respecto de los controles de abusividad y transparencia. En este punto es destacable la nueva regulación del acta notarial de liquidación de saldo en caso de intereses variables que se regula estrictamente.

cuanto como sabemos, la ley 19/2015 reproduce el exacto contenido que se le dio en la ley 1/2013 (61).

95. Los problemas de articulación de este procedimiento, que tienen en comun con las subastas derivadas de la jurisdiccion voluntaria típica, el procedimiento único electrónico, regulado en la ley 19/2015 (62), conducen a la inexistencia de trámite directo con el Juez. (63)

96. En la actualidad establece el apartado f) del art. 129 lo siguiente: "Cuando el Notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, *lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos*.

En todo caso, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando *cualquiera de las partes acredite* haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a o establecido en el artículo 684 de la

---

Desde la perspectiva notarial, se regla su actuación en coordinación con la autoridad judicial: suspensión del procedimiento, actuación, depósitos.

Constituye la enmienda propuesta, un resumen de la doctrina de los últimos años, en beneficio de una eficiente realización del valor con las más amplias garantías.

Finalmente, se trata de llevar a cabo un desarrollo en nuestro ordenamiento acorde a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas y control de transparencia y especialmente al contenido de sus sentencias de 14 de marzo de 2013 y de 17 de julio de 2014 que han provocado ya la modificación de la legislación española en materia de procedimiento civil.

(61) Y pese a las tentaciones, nada soluciona –como es bien sabido– recurrir a una norma reglamentaria en materias reservadas a la ley.

(62) *Vid.* Código de subastas electrónicas, anotado por J. M. De Pablos, BOE, 5 de abril de 2016

(63) La S TJUE de 18 de febrero de 2016, declara que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone una normativa nacional, que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago (juicio monitorio) apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula…cuando la autoridad que conoció del la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación (un Secretario judicial).

Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales.

97. La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor".

VII. PROYECCIÓN DE FUTURO. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE

1. La diarectiva 2014/17/ UE

98. En 2003 la Comisión europea lanzo una iniciativa para identificar y evaluar las barreras existentes en el mercado interior relativas a los contratos de crédito hipotecario sobre propiedad inmueble. No era una idea nueva. La negociación de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros con consumidores (2002/65/CE), al excluir del derecho de retractación los créditos hipotecarios, puso de manifiesto la necesidad de crear, al menos, un código de buena conducta al que los Estados pudieran unirse voluntariamente. Fue el punto de partida hacia una *Euro Hipoteca*. El Código, su primer peldaño, entró en vigor el 30 de septiembre de 2012. A él están adheridos veintidós Estados Miembros entre los que no se encuentra España.

99. A día de hoy, la armonización europea del crédito hipotecario presenta varios niveles. El primero, regulador, se refiere al ámbito de la supervisión bancaria y de los mercados de derivados. El segundo, defensa de consumidores, es, sin duda, en el que la Unión Europea ha logrado una más alta cota de armonización. El tercero, de nueva factura, es el Derecho contractual. Sin embargo, desde el fracaso de la negociación de un Reglamento sobre la compraventa europea, y su sustitución del ambicioso expediente por diversas di-

rectivas en la agenda digital, no es comparable a la Directiva sobre contratos de préstamo hipotecario.

100. Esta, en su planteamiento, es mucho mas limitada y su negociación no se desarrolla en el espacio de Justicia sino al de Mercado interior. La armonización no es el objetivo del espacio de Justicia, sino la regulación uniforme. Para que en este ámbito una materia obtenga interés comunitario, ha de presentar un elemento transfronterizo, con la excepción de los acuerdos políticos que, puntualmente, puedan ser adoptados, que se incluyen en los programas plurianuales, siendo el ultimo el de Estocolmo.

101. Actualmente, está excluido de la acción comunitaria, como *Ad supra,* se ha indicado el Derecho de propiedad sobre bienes inmuebles así como los derechos reales, salvo que la titularidad sobre éstos suponga un elemento no principal del instrumento comunitario; tenga carácter patrimonial, genéricamente considerado y no afecte al Derecho de familia.

Un claro exponente de estos parámetros es el recientemente aprobado R 650/2012, sobre determinados aspectos de las sucesiones *mortis causa*. En el se excluye de su ámbito de aplicación, el Registro de la Propiedad en su funcionamiento, imputs o requisitos de acceso y efectos. Singularmente su articulo 1. 2 l) excluye de su ámbito cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un Registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo.

102. En la misma línea, la nueva Directiva 2014/17 regula, exclusivamente, los aspectos contractuales y no los relativos al derecho real, tal como se entiende en España el derecho de hipoteca. La afección de un bien inmueble al cumplimiento de un contrato, en el que se pacta la concesión de un crédito o préstamo –ya sea para la adquisición o no del bien garantizado– presenta en los Estados miembros distinta denominación, naturaleza y efectos.

La Directiva no entra en los aspectos configurativos de derechos sobre inmuebles, sino que se limita a los contractuales. Adicionalmente, el Tribunal de Justicia, identifica cláusulas abusivas en

la normativa comunitaria de consumo, generalmente mediante el planteamiento de cuestiones prejudiciales.

103. El iter legislativo de la propuesta sobre contratos hipotecarios, presentó un importante hito en 2007, año en el que, siguiendo el proceso habitual en la elaboración de instrumentos comunitarios, fue aprobado un Libro Blanco relativo a la integración de los mercados hipotecarios de hipotecas en la UE. La importancia que la Comisión concedió al expediente se pone de manifiesto en el estudio de impacto económico preceptivo, Así, su justificación: "El crédito hipotecario es, para la mayoría de los ciudadanos de la UE, la inversión financiera más importante de su vida. Los mercados de crédito hipotecario constituyen una parte significativa de la economía de Europa, como demuestra el hecho de que el saldo vivo de crédito hipotecario para la adquisición de vivienda represente el 47% del PIB de la UE". Considera, por ello, la Comisión que incrementar la transparencia y eficiencia en la actividad transfronteriza sobre concesión de créditos hipotecarios en Europa mejorará las posibilidades de los usuarios y las condiciones de los deudores. La propuesta identificó varias materias: las opciones administrativas sobre información precontractual, las bases de datos sobre solvencia de sus titulares así como los criterios de solvencia de los futuros deudores; el cálculo de la TAE, y obligaciones de información en los contratos de crédito. Finalmente, destaca en su formulación la utilización de procedimientos de resolución de conflictos sobre los contratos concertados.

104. Esta importante directiva, en la que la Unión avanza en el mercado único crediticio,-e hipotecario- presenta los siguientes puntos de gran interés, referidos al consumidor que solicita un préstamo con garantía de su vivienda habitual, con destino a la adquisición, reforma de ésta en sentido amplio o refinanciación.

105. Se aplica, en sentido amplio, a todo créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito (64), es aplicable a tres tipos de contratos de crédito: los ga-

(64) Y por tanto "a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un

rantizados por bienes inmuebles, los destinados a adquirir o renovar bienes inmuebles residenciales y los dirigidos a adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios cuyo plazo expiró.

106. Las entidades deberán evaluar la solvencia del solicitante antes de conceder la financiación, con base en su posición (ingresos, gastos y capacidad económica en general del deudo) y no en el valor presente o futuro del bien inmueble. Para ello utilizarán coeficientes préstamo-valor del activo, préstamo-ingresos, deuda-ingresos y similares, para establecer unos niveles mínimos

Se incrementan los aspectos informativos precontractuales:

107. Se crea la denominada FEIN: El consumidor dispondrá de una información precontractual normalizada mediante una ficha: FEIN –*Ficha Europea de Información Normalizada*–. El objetivo de esta ficha es la reflexión del consumidor previa a la celebración del contrato, comparación de ofertas y valoración de las consecuencias de su decisión incrementando con ello la formación de su voluntad de obligarse. También dispondrá, antes de comprometerse formalmente, de una copia del proyecto de contrato.

Además se regulan los aspectos informativos que deben figurar en la publicidad, información y promoción de estos productos, advirtiendo al consumidor –en caso de contratar una hipoteca- de las consecuencias que conlleva el incumplimiento de lo acordado.

108. La Directiva también detalla el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), en el que se tendrán en cuenta intereses, comisiones, impuestos, coste de posibles intermediarios, tasación, seguros y otros gastos, exceptuándose, como es sabido, debería los gastos notariales (65).

---

bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial" (considerando 15).

(65) Habrá de adaptarse en este punto la trasposición a la Sentencia,

Se prohíbe la práctica de las ventas vinculadas, es decir, la oferta de un préstamo junto con otros productos financieros en un solo paquete en el que ese préstamo no se oferta por separado. Los Estados podrán permitir dicha práctica tan solo cuando la entidad demuestre al supervisor que esa venta vinculada es beneficiosa para el consumidor.

109. Al final de la negociación, por influencia del Parlamento, la Directiva incide en la ejecución hipotecaria:

"Artículo 28

Demoras y ejecución hipotecaria

1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución.

2. Los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago.

3. Los Estados miembros podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al consumidor en caso de impago. Los Estados miembros que se acojan a esta posibilidad determinarán el valor máximo de tales recargos.

4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito.

5. Los Estados miembros se dotarán de procedimientos o medidas que permitan lograr que, en caso de que el precio obtenido por el bien afecte al importe adeudado por el consumidor, se obtenga el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria.

Los Estados miembros velarán por que se adopten medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor".

---

de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, ya vista de 23 de diciembre de 2015, sobre abusividad de la cláusula que obliga al consumidor a su pago.

110. Por lo tanto en la dación en pago, obliga a los Estados a no limitar la libertad de las partes para acordar que la transferencia de la garantía al prestamista baste para reembolsar el préstamo.

Se impone a los Estados la adopción de medidas de protección al consumidor cuando, una vez finalizado el procedimiento de ejecución, la deuda no quede saldada.

Se instan vías extrajudiciales de reclamación y recurso para la resolución de litigios relacionados con estos créditos.

111. La Directiva presenta, a la vez, dos grados de armonización.

Es de máxima armonización en relación con el suministro de información precontractual en el formato de la ficha europea de información normalizada (FEIN) y el cálculo de la TAE.

Y es de mínimos en cuanto los Estados miembros están facultados para mantener o adoptar disposiciones más estrictas que las previstas en la presente Directiva en los ámbitos que no se definan en ella como de máxima armonización. Por ejemplo, los Estados miembros pueden mantener o adoptar disposiciones más rigurosas por lo que atañe a los requisitos en materia de conocimientos y competencia del personal y a las instrucciones para cumplimentar la FEIN.

112. En los ámbitos no cubiertos por la presente Directiva, los Estados miembros tienen la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales. En concreto, deben poder mantener o adoptar disposiciones nacionales en el ámbito del Derecho contractual, en relación con aspectos tales como la validez de los contratos de crédito, el Derecho de propiedad, el registro de la propiedad, la información contractual y, en la medida en que no están reguladas en la presente Directiva, las cuestiones post contractuales.

2. Su trasposición

113. España debió trasponer la Directiva 2014/17/UE el 21 de marzo de 2016. Desde esa fecha tiene efecto vinculante horizontal y vertical.

114. Aunque inspirada en su texto, no cabe considerar aue la directiva este traspuesta en Cataluña, pues recordemos es de res-

ponsabilidad estatal. En efecto, la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo del Código de Consumo de Cataluña añade a la ley 22/2010, el articulo 123-10 en relación a los créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda. En ella, establecen una serie de obligaciones a los notarios en el ámbito del Derecho de consumo inmobiliario (66).

Se encuentra pendiente de resolución en el Tribunal Constitucional. En este concreto articulo claramente existe una extralimitación en cuanto las obligaciones de los notarios en relacion a los instrumentos públicos son competencia exclusivamente estatal (art. 14.1.8).

---

(66) 1. Las personas consumidoras, los avalistas y los terceros hipotecantes tienen derecho a recibir información y protección efectiva de la Administración de la Generalidad en los aspectos relacionados con los contratos de crédito o préstamo hipotecario sobre la vivienda.

2. Las personas consumidoras, los avalistas y los terceros hipotecantes relacionados con el negocio de crédito o de préstamo hipotecario tienen derecho a recibir de los notarios, con una antelación de al menos cinco días hábiles y de modo que les sea comprensible, la siguiente información:

a) El contenido de la escritura pública del contrato de crédito o préstamo hipotecario de la vivienda y sus consecuencias jurídicas y económicas para la persona consumidora, los avalistas y los terceros hipotecantes.

b) Las consecuencias de una posible ejecución por impago y de las fluctuaciones del precio de mercado de la vivienda, la posibilidad de que las entidades de crédito pidan ampliaciones de garantía en determinados supuestos y los demás derechos y obligaciones que comporta el contrato de crédito o préstamo hipotecario.

c) La información relativa al arbitraje de consumo y a los demás mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos que son consecuencia de no atender las obligaciones derivadas del contrato.

3. Los notarios, en el marco de sus obligaciones legales, además de comprobar que, en las escrituras relativas a créditos o préstamos hipotecarios sobre la vivienda, no se incluyen cláusulas que en otros casos hayan sido declaradas nulas judicialmente por haber estado consideradas abusivas, deben velar por el respeto de los derechos que la presente ley otorga a las personas consumidoras que son deudores hipotecarios.

4. Los notarios deben asegurarse de que las personas consumidoras y los avalistas comprenden correctamente toda la información obligatoria referida al contrato hipotecario antes de firmarlo.

115. La directiva debió haber sido traspuesta *a más tardar* el 21 de marzo de 2016., por lo tanto posé ya –sin perjuicio de las sanciones– efecto directo, siendo diversas las entidades que aplican su contenido de alguna forma.

116. Como se ha indicado, se espera una inmediata norma en cuya elaboración se trabaja, que facilite las herramientas legales, de las que hoy carecen, como se ha dicho, los notarios –mas allá de la información especifica al usuario que conceden- a fin de que puedan realizar un control adecuado de la transparencia que han de poseer las condiciones generales para su correcta inserción contractual y evitar la inclusión de las cláusulas que sean abusivas tanto por haber sido así declaradas por un Tribunal como por ser evidentes en el caso concreto.

Nada más próximo a su función que el encargo del control de transparencia, estrictamente en beneficio del deudor.

EL EXPEDIENTE NOTARIAL PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO (ART. 208 L.H.): UNA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA

Salvador Torres Escámez
Notario

I. PLANTEAMIENTO

El tracto sucesivo o encadenamiento de adquisiciones sucesivas –nos dice ROCA SASTRE– es el pilar en el que descansa "todo régimen inmobiliario registral que adopte el sistema de inscripción por fincas y que tienda (...) al mayor paralelismo entre el contenido del Registro y la realidad jurídica extrarregistral" (1).

Cuando la cadena se rompe por la falta de acceso al Registro de alguna transmisión, se produce una discordancia entre la situación registral y la real. Si ésta no puede solucionarse por el procedimiento normal de inscripción de los títulos omitidos, se prevé por la Ley un sistema excepcional para el acceso a los Libros de la titularidad actual. Este sistema es la reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

En la normativa hipotecaria vigente en España hasta 2015, la reanudación se contemplaba dentro de los medios de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral (modificado art. 198 L.H.) y se podía llevar a cabo por dos medios: el expediente judicial de dominio y el acta notarial de notoriedad.

El hecho de que ésta última tuviese que ser aprobada judicialmente le ocasionó una nula aplicación práctica. Si el Juez tenía que

(1) ROCA SASTRE, "Derecho Hipotecario", 6.ª ed., 1968, Tomo II, p. 309.

revisar todo lo actuado por el notario, era más operativo tramitar el expediente directamente en el Juzgado. De hecho, en mi larga carrera profesional, ni he autorizado ningún acta de esta naturaleza, ni la he visto nunca entre la documentación que he manejado, aunque es cierto que he oído comentar algún caso a algún compañero.

Ante esta situación, irrumpe la reforma de nuestro sistema producida por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) y la Ley 13/2015, de 24 de junio de reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro inmobiliario (en adelante LRLH). Uno de los objetivos de la reforma es la "desjudialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa", sin poner en riesgo las garantías esenciales de los derechos e intereses afectados (de la Exposición de Motivos de la Ley).

Me apresuro a constatar que, en este sentido, la nueva regulación de la reanudación del tracto sucesivo interrumpido tiene una viabilidad bastante dudosa, como se verá a lo largo de este trabajo, ya que el expediente notarial tiene visos de acceder al Registro con bastante dificultad, debido fundamentalmente a lo deficiente y oscuro de su regulación. En efecto, el expediente parece estar a primera vista basado en el consentimiento de los afectados, pero, si éstos estuviesen dispuestos a colaborar y les fuese posible hacerlo, no haría falta acudir al engorroso expediente. Bastaría con llevarlos a la Notaría y preparar la correspondiente escritura.

Ciertamente, hay que tener en cuenta que se trata de un terreno delicado, donde hay que ponderar muy bien los intereses de quienes pudieran ser perjudicados por su resultado. Como conclusión final del procedimiento va a producirse una nueva titularidad que anulará y dejará sin efecto la titularidad anterior, que está bajo la salvaguarda de los Tribunales. Todo ello nos lleva a tener que plantearnos si puede producirse tal cambio sin una intervención más o menos intensa del Juez, ni intervención directa del titular. Visto desde otro ángulo, aparece la necesidad de considerar si tan importantes efectos pueden alcanzarse con un expediente dirigido sólo por el notario, por muy regulada que esté su tramitación, y por sujeta que resulte en su final a la calificación del registrador.

Y sobre ello, las opiniones van desde quienes como González Enríquez entienden que, tras la reforma del Reglamento Notarial de

1967, con su regulación de las actas de notoriedad, no resulta justificable el control judicial fuera de la actividad jurisdiccional ordinaria (2), hasta quienes como García García consideran que en la regulación actual de la reanudación del tracto sucesivo interrumpido por sus especiales características hubiese sido deseable mantener el expediente judicial de dominio para mayor eficacia y garantía de los interesados (3).

Estas dudas no son nuevas. Ya en la tramitación de la Ley Hipotecaria de 1944 se pusieron de manifiesto. En el Proyecto presentado en aquel momento por el Gobierno no se contemplaba la aprobación judicial de las actas de notoriedad, la cual fue introducida en su paso por las Cortes (4), probablemente por la oposición de la Judicatura.

En el planteamiento de la reciente Reforma, con fuerte influencia registral en los entresijos del Proyecto, ha faltado un debate a fondo sobre este punto que hubiese clarificado algo su tratamiento y tal vez hubiera dado lugar a una solución mejor que la adoptada que, en mi opinión, es bastante deficiente (5).

II. LA TRAMITACIÓN NOTARIAL DEL EXPEDIENTE

Tras la reforma de junio 2015, el art. 198 continúa incluyendo la reanudación del tracto sucesivo interrumpido entre los modos de llevar a cabo la concordancia entre el Registro y la realidad, pero desaparece la dualidad del sistema anterior (expediente judicial y acta de notoriedad).

---

(2) Citado en la 9.ª ed. del "Derecho Hipotecario" de Roca Sastre, Tomo IV, 2008, actualizada por su hijo Luis y J. Berná, p. 345.

(3) J. M. García García, "La finca registral y el Catastro", 2016, p. 1105.

(4) A. Sanz Fernández, "Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria", s.d., pero 1945, p. 476.

(5) Es interesante la opinión de F. Gomá (en el Blog "Transparencia Notarial". "Reanuda como puedas", abril 2016), quien llama la atención sobre el contraste en la materia de atribuir competencias al notario en dos leyes coetáneas y cuyo fin es la "desjudialización". En la LJV, muy positiva; en la LRLH, muy desconfiada, lo cual hace sospechar de la influencia en esta última de otros intereses corporativos.

Se establece como único medio un nuevo expediente notarial en el art. 208, que, aunque no prevé necesariamente la intervención judicial, parece quedar casi siempre abocado a ella, dado que a primera vista la única manera de evitarla es que comparezcan en el mismo un montón de interesados a los que la norma hace citar.

Contiene el mencionado art. 208 una serie de reglas especiales, que complementan la desafortunada remisión general que se hace al art. 203, el cual regula pormenorizadamente el expediente notarial de dominio para la inmatriculación de fincas. Esta técnica legislativa me parece incorrecta, pues no repara en que se trata de supuestos bastante diferentes, ya que el que aquí nos ocupa se refiere a fincas que ya están inscritas y la reanudación de su tracto no puede afectar a una serie de personas, que sí pueden tener que decir algo en la inmatriculación.

Además, el término utilizado para la remisión ("se acomodará") parece que podría entenderse en el sentido de "se adaptará", lo cual puede llevar a pensar que unas reglas del art. 203 se aplicarán y otras no, dado que, por lo demás, la aplicación literal de ambos artículos (notificación a un montón de pretendidos interesados y que éstos tengan que comparecer en el expediente y prestar su consentimiento, so pena de ser demandados en el declarativo) lleva a interpretaciones rayanas en el absurdo.

Todo ello –la imposibilidad de que el expediente acabe bien y lo dudoso de algunos de sus requisitos– ocasiona un cierto pesimismo en sus primeros comentaristas. Así, F. Gomá, dentro de una voluminosa obra colectiva dedicada a las reformas de la LJV e Hipotecaria, dedica sólo página y media a este expediente y dice que "es muy dudoso que este expediente vaya a tener mucha aceptación, más bien todo lo contrario, por la forma en que se ha legislado (...) hay que notificar el expediente a muy variadas personas (...) y todos ellos han de acudir y consentir en un expediente que en muchos casos no será de su incumbencia y respecto del cual pueden tener la lógica prevención, e incluso extrañeza de ser citados" (6).

(6) F. Gomá Lanzón, en "Jurisdicción Voluntaria Notarial", Coord. Barrio del Olmo, Pamplona 2015, pp. 1210-1211.

El esfuerzo inútil produce melancolía, dijo el filósofo. Y melancólico tiene que ser el resultado de la actividad que se dedique a discernir sobre quienes deberían ser los notificados, o la manera de hacer la notificación o qué debe entenderse por "citación personal", si de todas maneras han de comparecer en el expediente y consentirlo.

La única forma de actuar de modo absolutamente seguro sería acogerse al tenor literal de los preceptos, notificar a todos los aludidos en los arts. 203 y 208 y esperar el consentimiento en el expediente de todos ellos. Pero esto llevaría a unos planteamientos tan absurdos que se hace necesario buscar una interpretación racional y práctica que respete la lógica del sistema, donde lo que se trata es de modificar la titularidad dominical de una finca inscrita. La dudosa y problemática situación ha comenzado a ser aclarada por la Res. DGRN de 14 de abril 2016, a la cual nos referiremos en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, resolución que soluciona la cuestión principal, aunque deja otras varias sin aclarar.

Dicho lo cual, veamos cuál es la tramitación de este expediente que se debe realizar conforme a lo dispuesto en el art. 208 L.H., "acomodado" a la regulación exhaustiva que hace para el expediente de dominio el art. 203. Haciendo protesta de que, aunque siempre tengamos presente que la naturaleza especial de la reanudación aconseja fijar la atención en cuáles son los intereses que se deben tutelar (que son fundamentalmente los del titular del derecho inscrito y sus herederos y, naturalmente, los del verdadero dueño, si lo hubiere y no fuere el requirente), es difícil prescindir del tenor literal de la ley con interpretaciones más o menos arriesgadas. En algún caso, sin embargo, serán inevitables.

La clave, pues, de la tramitación de este expediente debe estar en determinar a quiénes se debe notificar o citar y, entre éstos, quienes tienen que comparecer en él para "convenir" o, si no hacen, ser demandados en juicio declarativo.

Anticipo mi opinión al respecto, en el sentido de que la publicidad debe ser lo más amplia posible, para dar la oportunidad de oponerse a cualquier perjudicado mediante el ejercicio de la oportuna acción judicial que paralice el expediente, que la notificación debe sólo realizarse a los que tengan una relación directa con el derecho que se trata de hacer llegar al Registro y que la comparecencia obligatoria ante el notario tendría que limitarse a quien pudieran resultar perjudicados por la nueva inscripción.

Examinemos a continuación los sucesivos pasos del procedimiento.

1. Autorización del acta notarial en que se requiere al notario para la tramitación

Lo primero que hay que tener en cuenta es que no se trata de un acta de notoriedad, que acaba en un juicio más o menos fundamentado del notario, sino de un expediente que debe seguir un procedimiento reglado, el cual concluye con la comparecencia y consentimiento de los interesados o con su archivo para dejar paso a la vía judicial en el correspondiente juicio declarativo.

2. Requirente

El promotor del expediente o requirente del acta será naturalmente el actual y verdadero titular del derecho cuyo tracto se pretende reanudar.

Suele plantearse si, en caso de comunidad de propietarios, puede actuar uno solo (ya que se trata en principio de una actividad beneficiosa para los demás) o deben hacerlo aquéllos conjuntamente. En mi opinión, la respuesta debe ser a favor de lo primero, salvo que el título invocado por el propietario en proindiviso no sea el que ha producido la comunidad, en cuyo caso cada comunero me parece obligado a defender su título.

No podrá ser promotor o requirente quien haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos (art. 208, Primera), criterio ahora consagrado en la Ley, que es expresión de la doctrina que ha venido manteniendo en este punto la Dirección General en los últimos tiempos.

El precepto comentado abandona, por cierto, la excepción contemplada en alguna resolución reciente en el sentido de posibilitar la reanudación cuando, aun existiendo título material suficiente, "por cualquier causa resultase imposible su inscripción, es decir, cuando existe una dificultad extraordinaria para la formación de dicho título, lo cual deberá manifestarse en el título inscribible, por el que se instrumentaliza y opera la reanudación del tracto en cuestión" (Res. de 1 de marzo de 2016, que contempla un caso anterior a la entrada en vigor de la reforma).

Es también de interés la doctrina de la Res. de 14 abril 2016, que se citará repetidamente a lo largo de este escrito, cuando, al tratar de concretar el supuesto de hecho de la interrupción que se trata de reanudar, dice que la hay si el promotor del expediente ha adquirido de alguno o algunos de los herederos del titular registral, pues "sólo se excluye la existencia de la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho del titular registral o de todos sus herederos".

3. Documentación que debe aportar

La Ley habla de una "solicitud por escrito" (art. 203, 1, Segunda), pero, como señala E. Rojas (7), lo lógico es entender que la solicitud se contiene en la propia declaración del compareciente en el acta requiriendo la realización del procedimiento.

En este inicio del acta se deberá incorporar la certificación de la última inscripción de dominio y todas las demás que estuvieran vigentes, cualquiera que sea su clase (art. 208, Segunda, 1.ª).

También habrá que añadir certificación catastral descriptiva y gráfica (art. 203, 1, Segunda, a)), la cual, en mi opinión sólo es necesaria para conocer el importante dato de quién es el titular catastral, el cual muy probablemente será el requirente. No tiene por qué afectar a la descripción de la finca, ni tener en cuenta a los que aparezcan como colindantes.

Se aportará igualmente la documentación que acredite la adquisición del promotor, aquellos otros documentos de los que disponga que justifiquen la adquisición de los titulares intermedios de los que traiga causa y cualquier otro que considere oportuno para justificar su petición (art. 208, Segunda, 2.ª).

Finalmente, los datos actuales del domicilio del titular registral del derecho y, si ha fallecido, "acreditación" de tal extremo y de la condición e identidad de los herederos (art. 208, Segunda, 3ª), así como sus domicilios cuando la inscripción tenga menos de treinta años.

Punto verdaderamente problemático el de esta "acreditación", puesto que al requirente le resultará difícil alguno de los pasos. No

(7) E. Rojas Martínez del Mármol, "La reanudación del tracto sucesivo interrumpido con el nuevo expediente de dominio notarial", web Notarios y Registradores, febrero 2016.

habrá demasiado problema en conseguir el certificado de defunción y el del RGAUV, incluso se puede admitir que tenga interés legítimo en obtener la copia autorizada del testamento, pero será una tarea ardua –con los actuales medios y la cultura de protección de datos– averiguar los pormenores de la declaración de herederos abintestato y del domicilio de los herederos, domicilio que será necesario manejar para la notificación personal que habrá que hacerles si la inscripción tiene menos de treinta años de antigüedad, como luego veremos.

Lo complicado de la situación se acentúa aun más, si se tiene en cuenta que estos herederos a los que nos estamos refiriendo no son los del transmitente del titular real, con el cual el requirente puede haber tenido algún contacto, sino los herederos del titular registral, al cual puede desconocer en absoluto.

Por todo ello, creo que la "acreditación" no debe interpretarse en el sentido de presentación por el requirente de los documentos fehacientes que determinen el carácter de herederos de los señalados como tales, sino, en el caso de fallecimiento intestado del titular registral, cualquier documentación o medio de prueba valorable por el notario (por ejemplo, acta de notoriedad o acta de manifestaciones de testigos) que conduzca a la concreción de los herederos.

4. Certificación registral y anotación preventiva

Aunque la Ley prevé que en el acta el notario solicite la expedición de certificación registral (art. 203, 1, Tercera), lo lógico, como antes apunté, es que ésta se obtenga antes de iniciar el expediente, pues en la misma se contendrán datos cuyo conocimiento es necesario para la tramitación, por lo cual lo normal es que se solicite antes de su inicio.

Produce también cierta duda lo referente a la anotación preventiva, su carácter potestativo o necesario, así como sus posibles e indeseadas consecuencias fiscales. García García considera que la práctica de la anotación es un reflejo inicial de la resolución del Registrador, cuyo resultado final será la inscripción (8).

En mi opinión, la anotación es útil y posiblemente necesaria, no solo por su función normal de publicidad de una determinada situa-

(8) García García, *loc. cit.*, p. 1115.

ción, sino porque debe cerrar el paso a cualquier otra tramitación de la misma naturaleza mientras dure su vigencia.

5. Notificación a los interesados

Las notificaciones que haya que realizar dependerán de lo que se haya decidido sobre quiénes son los interesados en esta tramitación y posibles perjudicados por la misma, a lo que me he referido anteriormente.

Aquí se producen multitud de opiniones, todas las cuales tratan de interpretar con un criterio más o menos lógico los arts. 208 y 203, aunque el tenor literal de éstos parece claro. Tales interpretaciones producen una cierta inseguridad, que probablemente será aclarada por la "jurisprudencia registral", aunque lo que parece deseable es una actuación al respecto a nivel normativo, mediante la modificación de los mencionados artículos.

En mi opinión, la lógica del sistema debe imponer la notificación al titular registral o a sus herederos, al titular catastral por razones prácticas y al transmitente (o sus herederos) en el título alegado por el promotor, si dicho título no es una escritura pública. Junto a ello, una publicidad amplia para dar a conocer el expediente y la posibilidad a cualquier posible perjudicado de oponerse judicialmente.

Sin embargo, de una interpretación literal del art. 208, en relación con el art. 203, parece que el notario debería notificar a:

a) el titular de la última inscripción de dominio o a sus herederos.

b) los titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca.

c) aquél de quien procedan los bienes o sus causahabientes.

d) el titular catastral.

e) el poseedor de hecho.

f) el Ayuntamiento.

g) la Administración titular del dominio público que pudiera verse afectado.

h) los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes.

i) los titulares de derechos reales constituidos sobre dichas fincas.

Unos pareceres son más exhaustivos que otros, aun sin llegar a incluir a todos los mencionados en el art. 203, que en algún caso podría llevar a una situación delirante [piénsese en la notificación al titular de una carga sobre una finca colindante (9)]. Así, por ejemplo, OLIVA IZQUIERDO (10) considera como citaciones necesarias las del titular registral o sus herederos, titulares de cargas, derechos o acciones o sus herederos, titular catastral, Ayuntamiento, Administración cuyo dominio público pueda verse afectado y al poseedor de hecho.

En mi opinión, la notificación debería hacerse solamente a los mencionados bajo las letras a), c) –siempre que la adquisición no se haya hecho en escritura pública, pues no tiene sentido darle intervención a quien te ha transmitido fehacientemente– y d) del principio de este apartado. Tengo que reconocer que casi todos los comentaristas consideran necesario también notificar a los de la letra b) –titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca–, lo cual creo que sólo se tendría que realizar, por mucho que se trate de inscripciones vigentes, cuando la nueva titularidad afectase al contenido de tales derechos, cosa que me cuesta mucho imaginar. Por ejemplo, no veo en qué medida una servidumbre o una hipoteca inscritas podrían verse perjudicadas porque el dominio quedase a nombre del verdadero dueño.

6. Forma de la notificación

En cuanto a la forma de la notificación, el único requisito que impone la Ley es que se haga de modo personal al titular registral o sus herederos, cuando la inscripción tiene menos de treinta años o cuando, aun siendo anterior, se hubiese practicado dentro de dicho plazo cualquier título otorgado por aquél o aquellos (art. 208, Segunda, 4.ª). Esta última situación alude a que la titularidad estaba viva en ese periodo temporal, por lo cual no debería ser necesaria la

(9) Todo el mundo está de acuerdo en excluir del ámbito de las notificaciones a los propietarios de las fincas colindantes y a los titulares de derechos sobre ellas. Los intereses de éstos pueden ser esenciales en el expediente inmatriculador (Ver F. RODARÍGUEZ LÓPEZ, "El expediente de dominio", 9.ª ed., Granada, 2008, p. 254), pero no tienen justificación en la reanudación de una finca inscrita.

(10) A. M. OLIVA IZQUIERDO, "La nueva coordinación Registro-Catastro", Centro de Estudios del Colegio de Registradores, p. 184.

formalidad si el título es de fecha más antigua, aunque la inscripción se haya producido dentro de él.

La discusión sobre qué deba entenderse por notificación "personal" puede ser interesante, pero es estéril, como ya dije antes, puesto que en todo caso los interesados que han de ser notificados personalmente tienen que prestar su consentimiento en el expediente o ser demandados en el declarativo.

GOMÁ entiende que el notificado ha de ser el propio interesado y no otra persona, aunque ésta se encuentre en el lugar en el que haya de practicarse la notificación (11).

ROJAS considera que la expresión excluye la posibilidad de utilizarse el correo con acuse de recibo, debiendo hacerse por el notario personalmente (12).

Notificación "de modo personal" puede interpretarse en el sentido de que no es posible la notificación por edictos, vía que sí es admisible cuando la inscripción tiene más de treinta años. En el expediente registral del art. 199 LH, la notificación "personal" la hace el registrador desde su despacho y aparece contrapuesta a la "edictal".

A mi juicio, el sentido de la Ley, aunque no es el más razonable, es el de excluir la notificación por edictos. Pero en un supuesto tan necesitado de garantías como éste la práctica correcta debería ser la del art. 202 RN para los casos en que la Ley excluye la discrecionalidad del notario: personación de éste en el domicilio señalado, con posibilidad de entrega de la cédula a las personas que dice este precepto; y, si no fuera posible, correo certificado con acuse de recibo.

Este criterio debe también utilizarse, a mi juicio, para la solución de un problema de práctica notarial que se planteará en este ámbito: notificación a hacer por el notario fuera de su distrito o en plaza de residencia de otro notario. En mi opinión, para las notificaciones "personales" hay que acudir al exhorto notarial. Cuando no sea requerida dicha forma (que lo es solo en las inscripciones de menos de treinta años, recuérdese), se puede notificar por correo, si se conoce el domicilio. Si no se conoce, habrá posibilidad de notificar por edictos.

(11) *Loc. cit.*, p. 1211.
(12) *Loc. cit.*

Por otra parte, es oportuno considerar lo señalado por OLIVA (13) en el sentido de que "esta exigencia de notificación personal –y no edictal– al titular registral de la finca objeto del expediente, que se justifica por los principios de tracto sucesivo y de tutela judicial efectiva, debe atemperarse en el caso de titulares fallecidos o sociedades extinguidas". Y cita al efecto la Res. de 23 octubre 2007.

El contenido de la notificación se debe "acomodar" a lo dispuesto en el art. 203, 1, Quinta. Consecuencia de dicha adaptación sería, por ejemplo la necesidad de incluir la descripción catastral, además de la registral.

7. Publicación de edictos

Por aplicación de la regla quinta del mismo precepto, el notario insertará en el BOE un edicto gratuito comunicando la tramitación del acta; potestativamente, atendidas las circunstancias del caso, podrá ordenar la publicación del mismo en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, también de forma gratuita.

Obsérvese que no se trata de un edicto para notificar, sino para publicar la existencia del procedimiento que lo de a conocer a cualquier posible perjudicado. Nada obsta, según creo, a que se pueda utilizar también para notificar en los casos en que sea posible usar este medio, o que se acumulen ambas finalidades en el mismo edicto.

Aunque la publicación en el Ayuntamiento aparece como potestativa, me parece muy conveniente.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que se trata de un expediente reglado y no de un acta de notoriedad, por lo que en principio el notario no podría pedir la realización de otros medios de prueba (por ejemplo, la publicación del edicto en periódicos, que podría ser muy útil), aunque la lógica del sistema debería permitirlo.

8. Derecho de oposición

Es un aspecto importante, del que se ha opinado poco, íntimamente relacionado con aspectos antes examinados como la publicidad del expediente, interesados que deben ser notificados y quiénes tienen que prestar su consentimiento.

(13) *Loc. cit.*, p. 185.

Necesariamente aquí se aprecia lo desafortunado del criterio legislativo de la reciente reforma en cuanto a la remisión que hace el art. 208 (reanudación de tracto) al art. 203 (inmatriculación).

Éste último concede en la regla Sexta de su número 1 la posibilidad de oposición a cualquiera de los muchos interesados que menciona el precepto, con expresión de la causa en que se funde. El art. 208 en su regla Cuarta atribuye el derecho a oponerse a los citados. La Res. de 14 de abril 2016, tantas veces citada, aclara quiénes son las personas cuya incomparecencia da lugar a la paralización del expediente en los términos que antes hemos señalado. Pero en el mismo párrafo en que sienta su doctrina se refiere a "la conclusión por la comparecencia con oposición de cualesquiera titulares de derechos inscritos con independencia de la antigüedad de su asiento".

Si he entendido bien la doctrina anterior, reducir la oposición al titular de derecho inscrito con más de treinta años (a los de menos les basta con no comparecer) me parece bastante restrictivo. Y acoger con toda su amplitud el criterio del art. 203, por ejemplo, que se oponga el poseedor de hecho o el Ayuntamiento, me resulta excesivo en un procedimiento de reanudación de tracto.

Un análisis lógico de los preceptos y del sistema (incluyendo como ayuda integradora el art. 296 RH, hoy derogado de hecho) nos llevaría a considerar:

— Posibilidad de oposición del titular del derecho "con expresión de la causa en que se funde".

— Posibilidad de oposición de cualquiera de los interesados a los que hay que notificar el expediente, que han quedado antes señalados con las letras a), c) y d) del apartado correspondiente, aportando prueba escrita que el notario estime suficiente.

— Posibilidad de oposición de cualquier otro interesado, mediante demanda judicial.

9. Consentimiento de los citados

En este punto es donde lógicamente se pone la clave de bóveda del sistema de reanudación de tracto.

De una interpretación literal y sistemática de los arts. 208 y 203 resultaría que el expediente hay que notificarlo a un montón de presuntos interesados y que éstos tendrían que comparecer ante el notario para prestar su consentimiento (la Ley utiliza el término "convenir", a mi juicio de forma incorrecta) expreso o tácito (14).

Esto podría producir situaciones absurdas, porque llevaría a concluir que sería necesario llevar a juicio declarativo al titular de una carga de una finca colindante, o al poseedor de hecho o al Ayuntamiento.

Para salvarlo, los primeros comentaristas han realizado interpretaciones más o menos fundamentadas, pero siempre algo aventuradas, porque los preceptos citados dicen lo que dicen. Así:

— García García, después de un interesante y elaborado análisis de los dos artículos de la Ley tantas veces repetidos, estima que sólo es necesaria la comparecencia notarial para prestar su consentimiento de lo siguientes interesados: aquél de quien proceden los bienes o sus causahabientes, si fuesen conocidos, el titular catastral y quien aparezca como titular registral o sus herederos.

— E. Rojas propone que el riguroso requisito de las reglas Tercera y Cuarta del art. 208 se aplique sólo a las inscripciones de menos de treinta años y la posibilidad de oponerse a todos los demás citados.

—Y no han faltado las opiniones, no exentas de pesimismo, que llegan a la conclusión de que, en su regulación actual, el expediente notarial para la reanudación de tracto queda reducido a una expecie de acto de conciliación, previo al juicio declarativo (15).

Muy oscura debería ver la situación la DGRN cuando en la Resolución de 14 abril 2016, que contempla un expediente judicial de dominio, tramitado conforme a la legislación anterior, se lanza a acla-

(14) En mi opinión, el consentimiento tácito puede ser lo normal, pues el compareciente en muchos casos desconocerá si el requirente es o no el verdadero dueño, por lo que no puede "convenir", pero sí puede manifestar que no tiene inconveniente a su pretensión.

(15) Si no lo he entendido mal, éste es el parecer del Seminario de la Academia Granadina del Notariado, cuya información debo a mi buen amigo Antonio J. García Amézcua.

rar en un "obiter" clamoroso el aspecto esencial de la determinación en el nuevo sistema legal de los notificados que deben comparecer necesariamente ante el notario, sin lo cual se dará por concluido el procedimiento.

Y dice al respecto: "el tenor literal de esta regla cuarta (del art. 208) debe entenderse necesariamente relacionado con el número 4 que le precede y considerarse sólo referido a la conclusión por incomparecencia de titulares registrales o herederos de los mismos cuya inscripción tenga menos de treinta años de antigüedad y hayan sido citados personalmente (o en los casos, también expresados en el mismo número, en los que se hubiese practicado con posterioridad, dentro de dicho plazo, algún otro asiento), así como a la conclusión por la comparecencia con oposición de cualesquiera titulares de derechos inscritos con independencia de la antigüedad de su asiento".

III. EL PROBLEMA DE LAS VIAS JUDICIALES PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO

La doctrina de la varias veces repetida Resolución de 14 abril 2016, aunque necesitada de complemento en los términos que luego diré, allana el camino del nuevo expediente notarial , que hasta ese momento parecía muy empinado.

Pero me parece interesante siquiera plantear las posibles vías judiciales en este ámbito, una vez desaparecido el anterior expediente de dominio judicial, que hasta ahora era prácticamente la única vía reanudatoria. Concretamente, cuáles serán en el nuevo marco legal las posibles vías judiciales para conseguir dicha finalidad.

Sigo en este punto a García García (16), que considera utilizables únicamente tres vías.

(16) García García, *loc. cit.*, pp. 1128 y 1129.

1. La del art. 208, Cuarta: demanda en juicio declarativo contra los interesados que no comparecen o lo hacen para oponerse en el expediente notarial.

2. La del art. 198, párrafo último, L.H.: posibilidad de acudir a los Tribunales si la pretensión del requirente es rechazada por el notario ante el que se tramita el expediente.

A mi juicio, este punto plantea alguna duda. En el sistema anterior el notario emitía un juicio de notoriedad. En el actual se limita a acumular una serie de trámites. Si considera que alguno de los requisitos legales no se cumple (por ejemplo, defecto en alguno de los documentos presentados o el promotor no acredita quiénes son los herederos del titular), ello no quiere decir que el expediente deba de seguirse judicialmente, sino que el Juez decidirá si el documento es suficiente o si está acreditada la condición e identidad de los herederos, en cuyo caso el procedimiento notarial deberá continuar sin poder ser rechazado por el notario.

Y 3. La demanda en juicio declarativo ordinario, en que se solicite la declaración de prescripción adquisitiva, supuesto que suscita interesantes cuestiones, en las que no es momento de detenerse.

Me resta por plantear aquí cómo queda en el nuevo marco legal la cuestión, clásicamente tratada, acerca de si la sentencia firme dictada en un juicio declarativo era procedimiento adecuado para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, además de las vías previstos por la Ley específicamente para ello (17).

Con modificación del criterio que había mantenido no mucho antes, la DGRN entiende (18) que la sentencia dictada en juicio declarativo sólo valdría para reanudar el tracto en el supuesto de que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios y se pidiese en la

(17) J. Sánchez Cebrián, “Temas actuales sobre la reanudación del tracto sucesivo”, Est. Hom a Miquel, Vol II, 2014, pp. 3065.

(18) Pueden citarse como RRss más recientes las de 16 de junio y 7 septiembre 2015.

demanda la declaración de validez, realidad y eficacia de esos títulos traslativos intermedios; en este caso, lo que se estaría haciendo al inscribir la sentencia sería inscribir todos los títulos intermedios, con lo que el supuesto no sería propiamente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido.

IV. VALORACIÓN DEL SISTEMA IMPLANTADO EN LA REFORMA PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO

La regulación que se haga de cualquier sistema de reanudación del tracto sucesivo interrumpido oscilará siempre entre dos polos:

— La conveniencia de facilitar la coincidencia de la titularidad registral con la realidad jurídica.

— La necesidad de protección de quien tiene su derecho inscrito y puede verse perjudicado por la nueva inscripción.

Este último aspecto es siempre destacado por quien se ocupe de esta institución y también naturalmente por la DGRN cuando trata de ella. Por citar la última Res. que conozco sobre la materia, la de 1 marzo 2016, recaida en un recurso en aplicación de la Ley anterior, el carácter excepcional del procedimiento para la reanudación se aprecia que 1) rectifica un asiento sin el consentimiento de su titular ni resolución judicial dictada en juicio contra él entablado (arts. 1, 40 y 82 L.H.), 2) contraviene la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito al titular registral (art. 38 L.H.) y 3) el título que alegue el promotor puede estar consignado en un documento privado, que accede al Registro sin reconocimiento del mismo por sus suscriptores.

Pero, junto a las dos premisas mencionadas al principio de este apartado, parece necesario también traer a colación la finalidad de "desjudicialización" perseguida por la reforma de la LJV y de la LH, llevada a cabo en 2015.

Y aquí surge inmediatamente la pregunta: ¿es posible llevar a cabo la reanudación del tracto interrumpido con el debido respeto a las necesarias garantías derivadas de su excepcionalidad, sin intervención judicial?

La respuesta que ha dado el legislador en 2015 ha sido claramente negativa, paliada en parte por la solución dada en la Res. 14 abril 2016, varias veces citada.

Tras dicha resolución, a mi juicio, el esquema básico del sistema reanudatorio de tracto debería entenderse del siguiente modo:

— Amplia publicidad mediante sistema de edictos, no solo el previsto en el BOE, sino el potestativo en el Ayuntamiento y el deseable en un diario del domicilio del titular registral según el Registro y del lugar donde esté radicada la finca.

— Notificación por el notario al titular de la última inscripción de dominio o sus herederos (si la inscripción tiene menos de treinta años, de modo personal), al titular catastral y aquél de quien proceden los bienes o sus causahabientes (salvo que el título invocado por el requirente sea una escritura pública).

— Posibilidad de oposición en los términos que han quedado antes examinados.

— Consentimiento en el expediente del titular registral o sus herederos, cuando la inscripción tiene menos de treinta años.

En todo caso, parece muy deseable que el Centro Directivo siguiese elaborando la doctrina necesaria para el desarrollo práctico de este expediente, en puntos importantes todavía no aclarados como el modo de acreditar por el requirente la condición de heredero del titular registral con el que entender dicho expediente, la precisión de quiénes sean los destinatarios de la notificación, qué se debe entender por hacerlo “de modo personal” y quiénes y cómo tienen derecho a paralizar el expediente compareciendo en él para oponerse.

Pero sería todavía más deseable una nueva redacción legal del art. 208 que acabase con la desgraciada remisión al art. 203 (causa, en mi opinión, de muchos errores interpretativos) y regulase de una manera clara y ponderada el procedimiento extrajudicial de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, importante figura teórica y práctica de nuestro sistema registral.

A modo de conclusión se podría decir que la reciente regulación del expediente para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido

ha sido una oportunidad desaprovechada de dotar de eficacia práctica a esta figura, sin merma de las garantías necesarias en estas delicadas situaciones.

Ha desaparecido el expediente judicial de dominio, pero tampoco se ha confiado mucho en la actuación notarial. Esta se encuentra tan llena de requisitos y de formalidades de dudosa justificación que, mientras no sea objeto de la necesaria precisión legal, reglamentaria o jurisprudencial, puede preverse un camino bastante penoso en su transcurrir por los Registros.

OTRO CÓDIGO EUROPEO BICENTENARIO (ABGB)

Gabriel García Cantero
Catedrático Emérito de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

2. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA

3. ELABORACIÓN Y ETAPAS DEL CÓDIGO CIVIL GENERAL AUSTRIACO: VISIÓN GENERAL

4. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA CODIFICACIÓN FRANCESA Y LA AUSTRIACA: PORTALIS Y VON ZEILLER (CODIFICAR EN LA HISTORIA)

5. LA PROPIEDAD EN EL ABGB, ENTRE MODERNIDAD Y TRADICIÓN

6. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y EN EL ABGB

7. EL ANCHLUSS Y EL ABGB

8. LAS REFORMAS DEL ABGB

9. LA PUBLICIDAD DE LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS

10. LA VOCACIÓN EUROPEA DEL CÓDIGO CIVIL AUSTRIACO

11. ALGUNAS CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, sólo se conmemoran los Códigos civiles que llegan a *bicentenarios* en casos excepcionales cuando han adquirido previamente la categoría de arquetipo o modelo, con inequívoca irradiación posterior, intra o extraeuropea. Los notables fastos celebrados en Francia con ocasión de los 200 años del *Code Napoleon,* tuvieron bastante eco entre nosotros. Pero no ha ocurrido así –ni en Francia, ni tampoco en España– con el *Allgemeine Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco que alcanzaba aquella venerable edad en 2011. Por ello debe considerarse un acierto la reciente publicación de una, no muy extensa pero enjundiosa, obra colectiva franco-austriaca en la que concurren destacables circunstancias (1) que pueden interesar al comparatista español y al jurista en general, al contribuir a revalorizar merecidamente un *Código segundón* de indudable valía.

De entrada, cabría decir que hay, ciertamente, alguna contradicción que pudiera detectarse en tales conmemoraciones, pues si suele afirmarse con énfasis que todo código envejece al día siguiente de su promulgación, ya se comprende que el ejemplar del ABGB que el jurista de hoy pueda tener en sus manos, acaso se parezca poco al original de 1811 , sobre todo si se piensa en las vicisitudes políticas e ideológicas que Austria ha sufrido en el interregno (baste citar en el siglo XX, la anexión al III *Reich*, la ocupación del país por las potencias vencedoras de la II.ª GM, el posterior ingreso en la UE). Además y de modo singular, porque es *communis opinio* que el austríaco no ha pasado de ser un *código menor* que apenas si influyó en países de Europa central y oriental, sumidos también muchos de ellos, ulteriormente, en profundas transformaciones políticas y jurídicas. Sin embargo surge aquí la sorpresa, pues en algunas codificaciones del siglo XXI, hay diversos países europeos ex-comunistas que reconocen seguir adoptándolo ahora como modelo.

Me parece, además, digno de destacar que la iniciativa del Coloquio, que ha servido de base al volumen, celebrado en París en 2011, surgió de la Universidad Panthéon-Assas y de otras corporaciones universitarias galas, en colaboración con la Universidad vie-

(1) VVAA, *Le Code civil autrichien (AGBG). Un autre bicentenaire (1811-2011)*, sous la direction de Franz-Stefan Meissel et Laurent Pfister, Éditions Panthéon-Assas (Paris 2015), 177 p.

nesa, lo que resulta, a mi juicio, altamente positivo y eficiente, una vez que parece haber coincidencia doctrinal en ser la codificación un inescindible movimiento europeo con base en la Recepción del Derecho Romano, y en su íntima correlación con los Derechos germánico y canónico, creadores todos ellos del *jus commune.* Superado el espejismo de la descodificación, los juristas europeos tenemos el deber de informar e instruir a cualesquiera de los países del mundo que soliciten ayuda para codificar, sin perjuicio de proseguir nosotros la muy honrosa tarea de depurar y perfeccionar esta moderna técnica de legislar. A ello están llamados a contribuir también los *Códigos menores.* Por ello, merece felicitación esta iniciativa franco-austriaca.

Al alcance del comparatista español no falta, actualmente, información sustancial sobre el ABGB en bibliografía accesible. Las breves páginas que Gambaro dedica al tema en el Tratatto di Diritto Comparato di Sacco (2), son prueba fehaciente de ello. O las más extensas que le dedican Zweigert-Kötz en la acreditada *Introducción al Derecho comparado* (3). Pero, sobre todo, hay que subrayar la notable aportación que, entre nosotros, ha representado en su momento la traducción española del romanista Prof. Javier De los Mozos Touya, de la obra *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (4).

(2) *Sistemi giuridici comparati*, 3.ª ed. (Torino 2008) p. 291-292.

(3) Trad. esp. de la 3.ª ed. inglesa (México 2002) p. 170-179, con amplia bibliografía.

(4) Debida a Wesenberg y Wesener, (Valladolid 1998), especialmente p. 255-259; trad. de la 4.ª ed. alemana de 1985. La obra describe con precisión la historia de la codificación austriaca y, sobre todo, el espíritu que ha recogido (historia de la codificación, espíritu del ABGB, institutos singulares del ABGB, relaciones con la Pandectística) lo que les permite valorarlo conjuntamente en relación con los otros códigos iusnaturalistas. Especialmente valiosa es la abundante bibliografía especializada austríaca que recoge, y también sus relaciones con la Pandectística. Ambos coautores son también romanistas, si bien el traductor ha tratado personalmente al prof. Gunter Wesener de quien afirma ser uno de los mejores conocedores de la historia del derecho privado, desde la Antigüedad romana pasando por la Recepción y sus consecuencias hasta llegar al derecho moderno (*op. últim. cit.* p. 17).

2. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA

La obra, escrita en francés, –aunque con mucha frecuencia ofrece ambos textos traducidos–, contiene nueve trabajos debidos a autores franceses y austríacos, que se agrupan sistemáticamente.

— Laurent PFISTER (Univ. Panthéon-Assas), *Quelques jalons de l'histoire de l'ABGB en guise d'introduction* (p. 7-34).

— Ives MAUSEN (Faculté de Droit de Montpellier, Institut Universitaire de France), "*Wer man von eigenliebe nicht veerblendet ist (5) ..." Zeiller et Portalis: Codifier dans l'histoire"* (p. 35-47).

— Laurent PFISTER, *La propriété dans l'ABGB, entre modernité et tradition* (p. 49-88).

— Olivier DESCAMPS (Univ. Panthéon-Assas), *Étude comparative de la responsabilité dans le Code civil de 1804 et l'ABGB* (p. 89-104).

— Franz-Stefan MEISSEL et Benjamin BUKOR (ambos profs. de la Univ. de Viena), *L'ABGB à l'époque nationale-socialiste* (p. 105-132).

— Georg KATHREIN (Ministerio Federal de la Justicia), *Des réformes de l'ABGB*, (p. 133-137).

— Louis d'AVOUT (Univ. Panthéon-Assas), *La publicité des sûretés réelles (Exercice de dogmatique juridique franco-autrichienne, et plus généralement européenne)* (p. 139-151).

— Christiane WENDEORST (Univ. de Viena), *De la vocation européenne du Code civil autrichien* (p. 169-174).

Los organizadores del Coloquio se propusieron tratar problemas de carácter general (así los relativos al proceso exhaustivo de elaboración del ABGB, el análisis de una etapa histórica, hasta ahora, más bien poco aclarada –la ocupación nazi–, los proyectos de reforma y la vocación europea del mismo), y otros relativos a instituciones concretas que suelen ser también analizadas frecuentemente por los comparatistas (el régimen de la propiedad y la publicidad de las garantías reales, así como el de la responsabilidad civil). Y partiendo del general desconocimiento en Francia del Derecho austriaco, unido al escaso conocimiento popular del idioma, a excepción del Departamento de Alsacia y Lorena, han cuidado la elección de los

(5) Texto de Zeiller que el autor traduce así: *Quand on n'est aveuglé par l'amour-propre...*(*loc. cit.* p. 35, n. 1).

coloquiantes (profesores galos especializados en Derecho alemán, y austriacos igualmente conocedores del proceso codificador francés), lo que garantiza su utilidad comparativa. A continuación desarrollaré el temario tratado.

3. ELABORACIÓN Y ETAPAS SUCESIVAS DEL CÓDIGO CIVIL GENERAL AUSTRÍACO: VISIÓN GENERAL

Pfister reconoce que en Francia el ABGB permanece, si no ignorado, sí al menos escasamente conocido (6). Aunque en el siglo XIX fue objeto de dos traducciones, y el *Annuaire de Législation étrangère* recogía las modificaciones legislativas austriacas, son muy raros los estudios comparativos serios. El Coloquio organizado en 2011 en París tuvo por objeto iluminar el pasado y el presente del ABGB, resituándolo en la primera ola de codificación moderna, prestando atención a los periodos más importantes de su evolución a partir de 1811, presentando los proyectos de reforma en curso y analizando su potencial aportación a la construcción de un Derecho privado europeo. Ello ofrece ocasión para reflexionar, sobre el fondo jurídico común a Europa, acerca de sus contornos y sus limitaciones, sobre la circulación de ideas y de normas, sobre la concurrencia de los ordenamientos jurídicos y sobre el impacto de las transformaciones políticas, sociales y económicas, lo mismo en los Estados miembros que en la EU (7).

El autor hace una minuciosa descripción del largo y complejo proceso de codificación del Derecho privado de la Monarquía austríaca, en un plazo total que excede los 60 años, en paralelismo con los códigos prusiano y francés, y, en menor medida, el bávaro, y que van a culminar en los trabajos realizados a partir de diciembre de 1801, al entrar en acción una nueva Comisión Legislativa dominada por la decisiva figura de Franz VON ZEILLER (1751-1828), magistrado

(6) Recoge una curiosa anécdota anónima según la cual Napoleón quedó impresionado "por la claridad y la precisión que caracterizan este código", estimando que sus normas sucesorias son preferibles a las leyes francesas, "lamentando no haberlo conocido antes de publicar su código" (*Quelques jalons etc.,* p. 7, nota 4).

(7) *Loc. cit.* p. 9.

y profesor, –como su maestro MARTINI–, de Derecho Natural en la Universidad de Viena. Dicha Comisión procederá a tres lecturas del proyecto en curso: la primera de 1801 a 1806, la segunda de mayo a diciembre de 1807 que realiza una revisión de aquél, y, finalmente, la tercera, que lo revisa nuevamente, desde noviembre de 1809 a enero de 1810. El emperador Francisco I promulga el texto el 1º junio 1811. El 1.º enero 1812 entra en vigor el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* (Código general para todos los Estados hereditarios alemanes de la Monarquía austriaca).

El código austriaco, igual que el francés, tendrá valor no ya meramente supletivo sino exclusivo en relación con el derecho anterior, a saber, el Derecho común hasta entonces en vigor, el Código civil especial de la Galizia así como todas las leyes y costumbres relacionadas con temas previstos en el mismo. Sin duda es más doctrinal que el francés, aunque Von Zeiller toma alguna distancia respecto del iusnaturalismo al intentar insuflar, como Portalis, realismo y experiencia, de modo que el § 7 prevé que, en caso de duda el juez podrá basarse en los principios de Derecho natural. A juicio de Pfister, la inscripción del código en la historia y la imposibilidad para el legislador de preverlo todo explican la incompletud asumida por el legislador y cierta libertad relativa otorgada al intérprete (8). Frente a los 19.208 §§ del *Allgemeines Landesrecht* prusiano, el ABGB sólo tiene 1502 §§, redactados en un alemán, de estilo simple y preciso que –se estima– facilitará su comprensión por la gran mayoría de la población. Presenta una numeración correlativa de preceptos, introducida expresamente por Von Zeiller. El ABGB está dividido en tres partes, precedidas de una Introducción (§§ 1-14) que contiene disposiciones generales relativas a la ley civil, su definición y conocimiento, su no retroactividad y su interpretación. El plan tripartito se inspira en el sistema de las Instituciones romanas, pero revisado por la doctrina moderna, con algunas particularidades en relación con los códigos contemporáneos; se inspira en la distinción propuesta por Von Zeiller –quizá también por Kant– entre los sujetos y el objeto del derecho. La primera parte (§§ 16-284) se refiere al derecho de las personas (*Von dem Personenrechte*). La segunda, resulta la más voluminosa (§§ 285-1341) y se titula “Derecho de

(8) *Loc. cit.* p. 13.

cosas" (*Von dem Sachenrechte*): después de una introducción en la que se definen y clasifican las cosas, esta parte se divide en dos capítulos, uno consagrado a los derechos reales (*Von dem dinglichen Rechten*) al que se une el Derecho de sucesiones, y otro consagrado a los derechos personales o de crédito, es decir, el Derecho de Obligaciones. Finalmente, la tercera parte (§§ 1342-1502) contiene disposiciones comunes a los derechos personales y reales (*Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen-und Sachenrechte*). Última parte que Pfister la considera como una tentativa del autor del código de establecer una "Parte general", dado que en ella se regulan la consolidación, la modificación y la extinción de las relaciones jurídicas. En orden a la concreción de la materia regulada, siguiendo el ejemplo galo se limita al Derecho civil, separando la materia procesal, la mercantil y toda connotación de carácter administrativo o político. En razón a su contenido presenta parentesco con los Códigos bávaro, prusiano y francés, pero no tanto en su influencia sobre el legislador austríaco como en las fuentes de inspiración común, de suerte que son raras las innovaciones propiamente tales. Cuatro fuentes le han servido de desigual inspiración: El iusnaturalismo racionalista moderno, el Derecho romano y el *Usus Modernus Pandectarum,* los derechos territoriales y provinciales, y en menor medida el Derecho canónico en cuanto al matrimonio. Se ha dicho por Paulo Grossi que el ABGB representa un cuerpo con dos almas, una obra de moderación y compromiso entre dos tendencias antagónicas, de modernidad y tradición; los principios iusnaturalistas, la igualdad y la libertad coexisten con la herencia del Antiguo Régimen. Si bien se encuentran diversas interpretaciones sobre este punto en la doctrina.

En todo caso, se logra establecer un derecho civil igual y uniforme para una sociedad que no había conocido la Revolución como Francia, mantenía una estructura desigual y corporativa y permanecía sometida a una monarquía absoluta. El legislador se había esforzado por eliminar del Código, en la medida de lo posible, las alusiones a la organización social y política, y de alcanzar cierto grado de suficiente abstracción y generalidad (9). De modo especial, el autor analiza su Parte primera, reconociendo que su punto de partida es sensiblemente diferente del Código francés, ilustrando

(9) *Loc. cit.* p. 14 s.

tanto la abstracción y generalidad del austríaco como su marca inequívocamente iusnaturalista. Mientras el Código de Napoleón habla en primer término de los *derechos civiles*, el § 16 del ABGB dispone que "todo ser tiene derechos innatos que la razón hace evidentes, y por tal hecho todo ser debe ser considerado como persona". Este parágrafo reemplaza la lista de los derechos naturales del hombre que figuraban en el proyecto MARTINI y en el Código civil de Galizia, por no ser en la práctica efectiva y realizable, y por revestir un carácter excesivamente político. Con todo PFISTER afirma que tal precepto sigue teniendo valor central, estando destinado a reducir las desigualdades sociales todavía existentes al reconocer el principio de un sujeto unitario de derechos "capaz de adquirir derechos" (§ 18), y de actuar ante los tribunales (§ 19). Su libertad tiende a expandirse en la esfera civil (10). El Derecho de familia comporta, sin embargo, ciertas discriminaciones, diferentes no obstante de las inscritas en el Código francés. Así el § 47 proclama la libertad matrimonial y concibe el matrimonio como un contrato entre dos personas de sexo diferente (§ 44). Pero el matrimonio no se ha secularizado, y su régimen excepciona el principio del § 39 según el cual "la diferencia de religión no ejerce ninguna influencia en los derechos privados". El matrimonio se celebrará ante la autoridad religiosa de la Iglesia a que se pertenezca (católica, protestante u otra cualquiera). Además el matrimonio canónico es indisoluble (§ 111), permitiéndose sólo la separación. El autor reconoce que en el interior de la familia, aunque hay rasgos del modelo patriarcal, se presentan menos desigualdades que en Francia pues la mujer disfruta durante el matrimonio de una plena y entera capacidad de ejercer sus derechos. El régimen legal es la separación patrimonial, si bien se presume la administración de los bienes de la mujer por su marido (§ 1238). La patria potestad dura hasta los 24 años y se concibe como una autoridad conjunta de ambos padres, que implica previamente deberes también conjuntos. Los hijos naturales sólo tienen derechos sucesorios legales respecto de la madre (§ 754).

La regulación del testamento (§§ 532 s.) inicia el Derecho de sucesiones, estableciendo sus requisitos de fondo y de forma. La libertad testamentaria permite desheredar a los descendientes y ascendientes legitimarios por motivos en parte romanos (§§ 768-770).

(10) *Loc. cit.* p. 15.

Como concesión nobiliaria se permiten los fideicomisos familiares sin limitaciones temporales (§§ 618 s.), sometiéndolos a la primogenitura masculina. En el abintestato se introduce el sistema germánico de parentelas. El cónyuge supérstite no es heredero, pero se le concede un usufructo variable en su cuantía, según la clase de herederos concurrentes, pudiendo llegar a ser la plena propiedad de la herencia en ausencia de herederos legítimos; puede beneficiarse de un pacto sucesorio y en todo caso puede obtener un mantenimiento conveniente si carece de recursos suficientes (11). Otras partes del ABGB son analizadas en los sucesivos trabajos del volumen.

Sugestivo es el destino que el autor describe al cumplirse el bicentenario del ABGB (12), que resumo a continuación. Promulgado en 1811 subsiste pese a los importantes cambios políticos y jurídicos, socio-económicos y culturales que ha conocido Austria. Se calcula –según el autor–, que el 65 % de los parágrafos originales siguen en vigor. Para explicar su perennidad y vitalidad se apuntan un conjunto de razones: La eliminación en el mismo, en la medida de lo posible, de toda connotación política, el escaso número de normas imperativas, su construcción iusnaturalista, el carácter abstracto de numerosas normas, la integración de soluciones del *jus commune* sin casuística excesiva y el estilo del texto legal que han garantizado su ductilidad y han permitido una interpretación fecunda de la jurisprudencia. Ello se ha debido, según Pfister, a un conjunto de circunstancias, sin olvidar que, pese a haber adquirido el carácter de texto duradero, ha sufrido varias evoluciones.

Ante todo, debe considerarse su expansión geográfica ya que el territorio de aplicación originario se limita a los estados hereditarios alemanes de la Monarquía austriaca (es decir, a los no pertenecientes a la corona húngara). Pero después del Congreso de Viena de 1815 se amplía a nuevos territorios, tales como el Tirol y Salzburgo, así como a la Lombardía y al Véneto con algunas adaptaciones. En el periodo 1853-1861 se aplica también en el reino de Hungría, mientras continúa en vigor en Croacia y Eslavonia, y sólo parcialmente en Bosnia y Herzegovina. El ABGB es, asimismo, objeto de recepción en el Ducado de Liechtenstein a partir de 1812, y en Moldavia en 1817. Fuera de estas fronteras su influencia es sensiblemente

(11) *Loc. cit.* p. 16.
(12) *Loc. cit.* p. 18 ss.

menor que la ejercida por el Código francés, no sólo por serle posterior en el tiempo, sino por razones políticas. Con todo, su influencia se manifiesta en proyectos de codificación y en algunos Códigos (como los promulgados en los cantones suizos alemanes de Lucerna, Soleure y Argovia), y también en Serbia (1844) y Montenegro (1888). Después de 1918 se ha mantenido en vigor en algunos estados nacidos de la disolución del imperio austro-húngaro, como Checoslovaquia y Yugoslavia.

Varias fases marcan la evolución del contenido del ABGB y de su interpretación hasta hoy. Nos dice Pfister que hasta mediados del siglo XIX fue tratado con profundo respeto por la doctrina. Pese a las críticas de Savigny, debido a la generalidad de sus conceptos y a la necesidad de recurrir a otras fuentes, en la monarquía de los Habsburgo se le consideró incluso superior al Código Napoleón con el valor de una ley fundamental. Sus raras modificaciones fueron resultado de interpretaciones auténticas en casos puntuales, mediante decretos imperiales. La doctrina se dedica inicialmente a una labor de exégesis; en la Universidad adquiere mayor prestigio que el Derecho romano o canónico, con base en los comentarios de VON ZEILLER (1812) y NIPPEL (1830-1838), lo que le permite presentarse como creadora de una nueva problemática. Desde mediados del siglo XIX, la Revolución de 1848 origina las primeras constituciones y la abolición del feudalismo, culminando en la Constitución de 1867 cuyos principios se trata de trasladar al Derecho privado. La monarquía de Francisco-José conoce grandes transformaciones económicas y sociales, como el inicio de la industrialización, el florecimiento del comercio y el maquinismo, que se desarrollan paralelamente con el incremento y desarrollo del proletariado en diversas asociaciones, especialmente a partir de 1889. A fines de siglo surge el movimiento a favor de la emancipación de la mujer.

En el ámbito de la ciencia jurídica, y pese a que la Revolución de 1848 favorece a las ideas iusnaturalistas, una reforma de la enseñanza universitaria de 1854 contribuirá a la recepción en Austria del pandectismo alemán, con repercusiones hasta nuestros días. Su principal mentor fue Joseph UNGER (1828-1913), profesor en Praga y luego en Viena, y también parlamentario. En su famoso *System des allgemeines österreichischen Privatrecht*, cuyo primer volumen se publica en 1856, abandona el método exegético, critica el iusnaturalismo del ABGB y propone como método de acercamiento al

Derecho privado el sistema pandectista. Le secundan Leopold Pfaff (1837-1914) y Anton Randa (1834-1914). Esta dirección comienza a declinar, sin desaparecer del todo, a partir de 1880 debido a la aparición de trabajos sobre la historia de la codificación austríaca. Insiste aquélla en la secularización del matrimonio y ha subsistido a través de la obra de Anton Menger (1841-1906), Joseph Von Schey (1853-1938) y Franz Klein (1854-1926) autor del Código de Procedimiento civil de 1896, partidarios todos ellos de una socialización del Derecho privado. Estas orientaciones inspiran una legislación especial a lo largo del siglo xix, con diversas vicisitudes, y que apenas afectan al Texto del ABGB. En 1863 se transpone el *Allgemeines Handelsgesetzbuch*, completado por normas sobre quiebras y sobre intereses. Relevante fue que el Registro de la propiedad inmobiliaria, sumariamente regulado en la ABGB, fue unificado y clarificado por la *Grundbuchgesetz* de 1871, con la finalidad de garantizar el tráfico inmobiliario y su hipoteca. En materia social, a partir de 1880, numerosas leyes mejoran la condición obrera, introduciendo el seguro obligatorio de accidentes y de enfermedad, esbozando una regulación del contrato de trabajo. Esta hipertrofia de reglas conduce a la descodificación que empieza a ser criticada a fines de siglo, apareciendo el ABGB en desacuerdo con las transformaciones económicas, sociales y de la ciencia del derecho.

En 1904 Unger –a quien Pfister califica de *figure tutélaire de la science juridique autrichienne*– publica un artículo sobre la revisión del ABGB (13), en el que no propone una revisión pandectista total, como lo había solicitado anteriormente, sino parcial con la finalidad de adaptar el código a las condiciones de vida y a las concepciones jurídicas de la época. Pocos días después, en abril de 1904, el Gobierno designa una Comisión de revisión compuesta por siete miembros, con Unger al frente. La tarea se consuma al cumplirse el primer centenario del Código austriaco. En 1907 el Gobierno presenta su proyecto de reforma a la cámara alta, siendo criticado, discutido y enmendado por diversos grupos de intereses, siendo votado en diciembre de 1912. Por razones de urgencia no se somete a la cámara baja, y en plena guerra, tres Ordenanzas imperiales (*Teilnovellen)* publican las reformas de 1914, 1915 y 1916.

(13) *Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Eine legislativpolitische Studie,* en *Grünhut Zeitschrift,* etc., 1904, p. 389-406.

Estas Novelas modifican alrededor de 250 §§, es decir un 15 % del texto primitivo. Su finalidad, entre otras, es armonizar el derecho civil y el mercantil, remediando la dispersión de textos legislativos, restableciendo así el carácter del ABGB como fundamento sistemático del Derecho privado. Se inspira no sólo en el primitivo Código alemán de comercio, sino también en el BGB, hasta el punto de poder hablarse de una *pandectización del Código civil austriaco.* Pero PFISTER advierte que el término usado no debe hacernos caer en el error, los préstamos tomados del pandectismo alemán son puntuales y no eliminan las particularidades del Código austríaco ni atentan a su estructura, sino que más bien tratan de que se cumplan los deberes sociales del derecho privado, es decir socializarlo (14). A título de ejemplo indica que la primera Novela (1914) reconoce al cónyuge supérstite un verdadero derecho sucesorio, conforme al derecho alemán y a las reivindicaciones sociales; en cambio, no se le considera heredero legitimario. En cuanto a los hijos, mejora su situación al incrementar el control judicial de la conducta de los progenitores, sin perjuicio de salvaguardar la institución familiar. Bajo estrictos requisitos el hijo puede impugnar la paternidad del marido de su madre al objeto de establecer la verdadera filiación. El hijo natural se le relaciona ahora con la familia materna. aunque sigue excluido respecto de la paterna.

La anexión de Austria al III Reich abre una nueva etapa que será objeto de ulterior estudio en este volumen. Finalizada la II.ª GM la legislación austríaca es objeto de una purga casi total de las disposiciones nazis. Sin embargo, el matrimonio civil, introducido en 1938, es conservado. A partir de los años 70 del siglo XX el ABGB es objeto de profundas reformas, como en la mayoría de estados europeos occidentales, en Derecho de familia. En 1978 se admite el divorcio por mutuo consentimiento. A partir de 1975 se suprimen las normas que garantizan al marido y al progenitor varón una superioridad o preeminencia en el seno de la familia, al tiempo que se otorga a los cónyuges mayor libertad para organizar su comunidad de vida. La autoridad parental es definitivamente compartida entre ambos padres. A partir de 1980 el interés del menor, que ya fue tomado en consideración en 1811, y protegido en la reforma de las Novelas de 1914, se encuentra consolidado a partir de 1980. La desigualdad

(14) *Loc. cit.* p. 21.

entre hijos legítimos y naturales se va suprimiendo progresivamente por leyes de 1970 y 1989. En 1979 se introduce en el ABGB la protección de los consumidores.

Desde que en 1995 Austria ingresó en la UE el derecho privado no cesa de *europeizarse.* Adaptar el ABGB al standard europeo es el *leitmotiv* que actualmente justifica, a ojos de la doctrina y de los políticos, que se acometan *reformas puntuales* en el mismo. Temas que se desarrollan más tarde en el volumen. Finaliza Pfister con una significativa observación: Si bien en la actualidad el derecho europeo influye sobre el austríaco, sin embargo el ABGB, debido a la presencia del Código francés y, sobre todo, del alemán, aparece subestimado en los proyectos actuales de Derecho privado europeo, aunque posee una real y efectiva potencialidad, al menos en los aspectos estructurales (15). Esta comunicación se enriquece con una amplia referencia bibliográfica (16), que desborda incluso la que incluye cada sucesiva comunicación del volumen, comprendiendo la *Historische Rechts-und Gesetzetexte on line,* de la Biblioteca Nacional: http://alex.onb.ac.at, y el *Repertorium digitaler Quellen zur österreichischen Rechtsgeschichte in der Frühen Neuzeit:* http://repertorium.at//. Finalizando bajo los enunciados de: A) Fuentes y B) Referencias bibliográficas, en los que el lector español curioso hallará cumplida satisfacción, con notable presencia de obras francesas e italianas junto a la fundamental información germana.

4. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA CODIFICACIÓN FRANCESA Y LA AUSTRIACA: PORTALIS Y VON ZEILLER (CODIFICAR EN LA HISTORIA)

El Prof. Mausen presenta una comunicación basada en otra publicación, reciente y novedosa, que ha adaptado (17) en torno a las analogías y diferencias sobre la codificación que se encuentran en las opiniones de los dos ideólogos de los primeros cuerpos legales civiles europeos, el galo y el austríaco. Aunque Austria madrugó en

(15) *Loc. cit.* p. 23.

(16) *Loc.* p. 24-34.

(17) Mausen, *Gesetzgebung und Systemdenken bei Zeiller und Portalis*, Zeitschrift für Neuere des Rechtsgeschichte, 2010, 3-4, p. 161-178.

1753 a las preocupaciones codificadoras, hay que reconocer que se le adelantó por pocos años el activismo napoleónico, en cuanto a la fase decisiva del primero bajo la dirección del prof. vienés Von Zeiller, a través precisamente de Portalis. Los trabajos de los Comisarios franceses coinciden cronológicamente con la primera lectura del ABGB (1801-1806). Cuando Portalis redacta su *Discours préliminaire*, en enero de 1801, las reflexiones prácticas de aquél habían seguramente finalizado. No obstante lo cual, en sus trabajos aparecidos ya en 1806, Von Zeiller conoce y aprecia las valiosas anotaciones y los principios contenidos en el Discurso del primero. En este cruce de posibles influencias no cabe prescindir de cierto parentesco de pensamiento profundo e innegable entre ambos codificadores, en el que la postura iusnaturalista moderna trata de conciliarse, mejor o peor, con el humilde pragmatismo del codificador antiguo. A juicio de Mausen, lejos de constituir un mero efecto de retórica aislada, se trata de una verdadera profesión de fe metodológica en la que se resume la actuación de los codificadores franceses (18). Significa nada menos que el derrumbe definitivo de la esperanza de ver en una legislación nacional los ideales positivistas de la Escuela del Derecho natural moderno. A su juicio, la posición de Portalis y Von Zeiller resulta más radical, pues no buscan tanto superar el carácter histórico del derecho, sino reafirmarlo en cuanto esencia del fenómeno jurídico que determina incluso su propia concepción de la codificación. La impotencia del legislador otorga al juez y al comentarista toda legitimidad.

El autor mantiene el paralelismo de opiniones doctrinales que consideran la piedra angular de un sistema que hace derivar de una concepción histórica del Derecho, su ciencia práctica del mismo. A partir de la teoría de los climas que Montesquieu desarrolla (19), nuestros dos codificadores imaginan la cristalización primitiva y la ulterior evolución de las reglas jurídicas de cada pueblo. Según Von Zeiller, la diferencia de clima, de población, de la constitución y de la cultura, el grado alcanzado por las Luces religiosas, morales y políticas, la educación y el oficio predominante, el carácter y la prosperidad de los habitantes, en síntesis la diferencia de circunstancias

(18) Mausen, "*Wenn man von eigenliebe nicht verblendet ist ...*" etc., cit. p. 36.

(19) Montesquieu, *De l'Esprit des lois,* III, 14 ss.

interiores y exteriores supone una diferencia de conocimientos y relaciones jurídicas, y, en consecuencia, de leyes. Al admitir Portalis que "la influencia del clima no puede ser discutida", estima que no sería exagerado sostener que por esta vía los codificadores austriaco y francés han tomado en consideración el *Volkgeist* (20). También hay acercamiento de posiciones cuando Portalis sostiene que cualquier legislador aislaría sus instituciones de todo cuanto las hace naturales, si no respetara con cuidado las relaciones de esta clase que vinculan siempre, más o menos, el presente y el pasado, el futuro y el presente. También para Von Zeiller el filósofo que pierde de vista la verdadera situación de un estado, es capaz todavía de esbozar una teoría brillante, que, sin embargo, nunca podrá ponerse en práctica en ese estado realmente existente en el que su pasado está estrechamente encadenado al presente, y el presente al futuro. Aclara este autor que los principios jurídicos son de dos clases: principios de la ciencia pura del derecho y principios de la legislación positiva. Los primeros se agotan inmediatamente con la razón práctica, independientemente de la experiencia. Por ello, debido a exigencias racionales son absolutamente necesarios de modo general e inmutable. Sin embargo, en un Estado concreto, estas verdades jurídicas tienen necesidad, para su utilización en la vida civil, de toda clase de modificaciones, de determinaciones muy amplias, de fijar su extensión, sus excepciones, restricciones, complementos, confirmaciones etc. Para descubrir los principios que sirven estas finalidades no basta la razón pura, siendo preciso que la sabiduría que preside la legislación delibere con experiencia sobre ello.

El Derecho natural se contenta con establecer reglas demasiado generales, indeterminadas, ilimitadas e incompletas. Pero hay instituciones sucesorias ajenas al mismo como las legítimas sucesorias, o la prescripción adquisitiva, o las formalidades legales y las presunciones de esta naturaleza. Los principios para determinar las reglas jurídicas correspondientes pueden deducirse de otras nociones del ordenamiento o de la legislación civil, pero en lo esencial se derivan de circunstancias particulares de cada estado, y difieren entre sí. Sin embargo, el Derecho no las abandona al azar de las circunstancias o a la subjetividad humana. La prudencia y, sobre todo, la experiencia del pasado, erigidas en modo de conocimiento complementario e in-

(20) *Loc. últim. cit*. p. 38.

dispensable deben ayudar a resolver esta aporía teórica. Se trata de combinar la exigencia moderna de objetividad y la aceptación antigua de la contingencia, inscribiendo el contenido contemporáneo de un sistema jurídico en la continuidad de su pasado. Finalmente, una concepción histórica del proceso legislativo, bajo una óptica prospectiva, permite concluir que la promulgación de un código no significa el fin de la historia del sistema jurídico que informa, sino que, al contrario, se inscribe en la continua evolución de éste (21).

Desde el momento en que Portalis y Von Zeiller añaden a los principios jusnaturalistas otros de carácter empírico, renuncian el acceso al *grand art (qui) est de tout simplifier en prévoyant tout* (22). Para Portalis, preverlo todo es una meta imposible de alcanzar. Aunque lleguen a realizarlo, las leyes positivas nunca sabrían reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los asuntos de la vida humana. Las necesidades sociales son tan variadas, la comunicación entre los hombres es tan activa, sus intereses tan numerosos, y sus relaciones tan extensas, que resulta imposible al legislador preverlo todo. Parecidamente Von Zeiller cree que la exigencia de completud es sin duda la más difícil, y según lo que muchos imaginan ser ésta, probablemente jamás podrá realizarse. Porque se exige que cada caso individual, casi con las mismas circunstancias con que se presenta, se resuelva conforme a la letra de la ley. Pero es imposible que tantas circunstancias cambiantes puedan ser previstas o agotadas en una enumeración casuística completa. Pero si el codificador tiende a ser exhaustivo, su obra resultará incomprensible en cuanto conjunto de normas, y no podrá ser aprehendido sino de forma incompleta. El esfuerzo del legislador será doblemente vano, y respecto del derecho en sí mismo, el código sólo puede concebirse en perpetuo devenir, y corresponde al juez y a la doctrina cuidar su perfeccionamiento.

El autor sigue recogiendo opiniones convergentes. Así Portalis afirma –no sin buena dosis de solemnidad– que corresponde al magistrado y al jurisconsulto, penetrados por el espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación. De aquí que en todas las naciones civilizadas se observa que, junto al santuario de las leyes, y bajo la vigilancia del legislador, se va formando un depósito de máxi-

(21) *Loc. cit.* p. 40.
(22) Portalis, *Discours préliminaire,* p. 3.

mas, de resoluciones y de doctrina, que se va depurando diariamente por la práctica y el contraste de los debates judiciales, que se enriquece constantemente con los conocimientos adquiridos, y que constantemente se valora como el verdadero suplemento de la legislación. VON ZEILLER advierte –complementariamente– que la completud de las normas no puede alcanzarse mediante la mera colección de innumerables resoluciones literales, sino únicamente permitiendo a los jueces aplicar las normas generales y sustanciales según las reglas de interpretación racional, y caso de no lograrlo, aplicar los principios jurídicos naturales de la razón que nunca dejan sin resolver ningún caso. Deben estudiarse las leyes breves, lo cual obliga a que bastantes reciban instrucciones más precisas, siendo los comentaristas los llamados vocacionalmente a hacerlo. Mauden concluye de estas premisas que era preciso poner fin a la prohibición de la interpretación de las leyes (23). El ABGB deja abierta una vía, más o menos libre, a la actividad del magistrado y del jurisprudente. Pero aquí hay falta de concordancia fundamental entre los códigos examinados.

VON ZEILLER describe el proceso en dos etapas. Primero deben buscarse los fundamentos de las reglas enunciadas en el Código; luego conviene extraer de estos principios generales las conclusiones particulares a cada caso concreto. Las reglas se encuentran en los §§ 6 y 7. A falta de encontrar un criterio de explicación interna de la legislación – el contexto, la intención del legislador, leyes análogas– se le invita al Juez a recurrir directamente a los principios de derecho natural. Ante la ausencia de normas similares en el Código de Napoleón, VON ZEILLER critica esta laguna (24). PORTALIS, en cambio la había previsto (25). Con todo debe reconocerse que, en este tema, la diferencia entre ambos autores es bastante patente. Más iusnatu-

(23) *Loc. cit.* p. 43.

(24) "Si el Juez no encuentra en un Código tan breve, una solución literal para el caso concreto ¿podrá autorizarse una interpretación extensiva o restrictiva, o quizá un razonamiento por analogía, o, en su ausencia, podrá resolver a partir de principios generales? Respecto a estas importantes cuestiones no se encuentra ninguna solución en el Código de Napoleón" (*Loc. cit.* p. 44).

(25) *Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on*

ralista en la ocasión que Portalis, Von Zeiller sólo reconoce un único derecho natural como fuente exterior a la legislación; pero menos positivista, Portalis reenvía previamente al juez a las costumbres, a la jurisprudencia, e, incluso, a la doctrina. En este punto su postura está plenamente de acuerdo con su visión histórica.

Ambas codificaciones vuelven a coincidir en la prohibición absoluta dirigida al juez de proceder por vía de disposición general (§§ 8 y 12, y art. 5 CC francés), competencia reservada exclusivamente al legislador en los países del *Civil Law.* Observa, no obstante Mausen (26) que legislar en el marco de una codificación ya existente, para completarla o reformarla, no representa un modo de desarrollo jurídico considerado como natural. Opinión opuesta a la de Von Zeiller, quien paradójicamente lo hace en nombre del derecho natural (27). Este autor toleraría que una comisión legislativa ofreciera explicaciones con la finalidad de unificar la jurisprudencia. Para Mausen habría aquí una exigencia de humildad por parte del poder legislativo, poco conciliable, sin embargo, con los avatares contemporáneos del positivismo estatal, ya se trate de codificar o descodificar. Citando a Von Zeiller –que le sirve para rotular su comunicación– escribe: *Ainsi on peut bien prévoir, quand on n'est pas aveuglé par l'amour propre, que, dans une si grande oeuvre, l'on va facilement commettre bien des lacunes, qui n'apparaissent que par la suite, que l'on va accepter comme étant claires et définies bien des choses, qui nécessitent pourtant une explicitation plus précise, et qu'on va tenter bien de renouvellements, qui ne résistent pas à l'épreuve de la pratique. Seule l'expérience de plusieurs décennies et les amé-*

---

n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel.

(Loc. cit. p. 45). Conservo en su tenor este texto poco conocido, y muy significativo, de Portalis.

(26) *Loc. cit.* p. 45.

(27) "Los principios de Derecho natural son eternos e inquebrantables; las leyes que se deducen del mismo no pueden, aunque se las quiera modificar artificialmente por vía de renovación, incluir verdades jurídicas absolutamente nuevas y desconocidas hasta entonces. Incluso aunque ello pueda llevarse a cabo sin afectar a verdades fundamentales, no deben realizarse sin necesidad y reflexión. ¿Es fácil y sencillo ver las relaciones entre la parte que se quiere modificar y las restantes, con el riesgo de introducir la inconsecuencia, el conflicto y la confusión en el conjunto?" (*Loc. últim. cit.*)

liorations progressives pourraient rapprocher pareille oeuvre de la perfection (28). Ideas que se complementan con la opinión de Portalis: *C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les Codes des peuples se font avec le temps: mais à proprement parler, on ne les fait pas.*

En sus conclusiones (29) Mausen recoge algunas ideas que –a mi parecer– el codificador actual no debiera menospreciar:

En las obras de Portalis y de Von Zeiller –pese a que el primero nunca cita al segundo– están respectivamente presentes las convicciones iusnaturalistas y los objetivos sistemáticos a que sirven. Pero estas declaraciones de intenciones que corresponden a sus centros de interés filosófico se posponen al realismo, e incluso al pragmatismo, en el momento de actuar. Así Von Zeiller, al explicar la necesidad que tiene Austria de dotarse de un código civil, realiza una crítica sin concesiones a los presupuestos metodológicos de la Escuela moderna de Derecho natural, llegando hasta negar la posibilidad a los jurisprudentes de acceder a las verdades primeras y pone también en cuestión la capacidad de los justiciables de comprender el derecho contenido en el código. Se trata de un duda radical que engloba tanto el método como el positivismo en cuanto tal. De tal duda nace una *souplesse*, imposible de adquirir cuando el jurista se enfrenta a una construcción axiomática completa. Sin embargo, para sus autores o inventores, el código no debe ser un sistema cerrado, pues no contiene el conjunto de reglas deducibles a partir de unas premisas, y tampoco enuncia los fundamentos de las que establece. El intérprete se sitúa en el centro, es decir, entre los principios cuyo desconocimiento suple, y las reglas particulares cuya búsqueda favorece. Lejos de ser una estéril matriz de preceptos, el código debe ser *fecundo*. En esto sí que puede decirse completo, y sólo en ello, pues su perfeccionamiento sólo se logra *in spe*. A partir del código, el desarrollo del derecho continúa realizándose a través del recurso a la deducción, herencia del derecho natural. Pero los enunciados empíricos han reemplazado a los principios *a priori* y la evidencia ha cedido el paso a la experiencia.

(28) El texto literal se toma de *loc. cit.* p. 46, manteniéndose en francés para explicar mejor el enunciado de la comunicación.

(29) *Loc. cit.* p. 47.

5. LA PROPIEDAD EN EL ABGB, ENTRE MODERNIDAD Y TRADICIÓN

El profesor francés PFISTER dedica al tema casi medio centenar de páginas con excelente y abundante bibliografía franco-austriaca y dos centenas de nutridas notas a pie de página. Según el autor, debido a la tripartición que introduce VON ZEILLER, el Derecho de cosas constituye una parte fundamental del ABGB al subsumir en ella el Derecho de sucesiones y el de Obligaciones. En este sistema la propiedad ocupa un lugar central. Bajo ciertos aspectos, a veces no sin contradicciones, la propiedad se presenta y se concibe por los autores definitivos del código, especialmente el último citado, como el arquetipo del derecho sobre cualquier clase de cosas y, en consecuencia, resulta ser verdadero pilar del ABGB; como ocurre, por lo demás con el Código de Napoleón. Institución central muestra también la ambivalencia de aquel entre las aportaciones del pensamiento moderno y de las instituciones feudales. Pfister se propone mostrar sus raíces y su evolución a lo largo del proceso codificador, comparándolo con lo ocurrido con otros códigos europeos.

El ABGB se muestra moderno al consagrar una concepción individualista, exclusivista y subjetivo de la propiedad, siguiendo, al menos parcialmente, un dinamismo propio, bebiendo en una cultura jurídica común de Europa continental, la cual partiendo de las fuentes romanas, transformadas por la doctrina medieval y, sobre todo, por las escuelas modernas (humanismo, jurisprudencia elegante holandesa, *usus modernus pandectarum* y iusnaturalismo racionalista). PFISTER (30) cree probable que el código austriaco sea, entre todos los códigos modernos, el más próximo a los autores de la Escuela del Derecho natural, singularmente de Christian WOLF, a través de MARTINI y VON ZEILLER, profesores ambos de la asignatura en la Universidad de Viena.

Sin embargo el ABGB ofrece particularidades respecto del Código Napoleón. Aunque no pertenece a la categoría de *Professorenrecht*, destaca como más abstracto y doctrinal al ofrecer diversas definiciones y calificaciones (por ej. la amplia definición de cosa, la de la propiedad en relación con la noción objetiva del patrimonio, o la consideración de aquella como derecho real). Sobre todo, se muestra fiel a la tradición al admitir la propiedad dividida, los fideicomisos

(30) *Loc. cit.* p. 53.

y los arrendamientos de larga duración, aproximándose con ello a los códigos bávaro y prusiano.

El enunciado genérico de "La consagración de una propiedad exclusiva aplicable a todas las cosas" se desarrolla por Pfister con notable extensión (31), ocupándose de la definición y divisiones de las cosas, y las definiciones que contiene de la propiedad exclusiva.

A diferencia del Código francés, el § 285 que abre la Parte de las cosas, dispone que: "Todo lo que es distinto de la persona y sirve al uso humano, se denomina *cosa* en sentido jurídico". Lo hace en términos extremadamente amplios, tanto negativamente (en oposición a la persona) como positivamente (por su propensión a satisfacer intereses humanos). Tal definición no se debe a Kant pues con anterioridad a la publicación de su *Metafísica de las costumbres*, se había redactado ya el proyecto de Martini (1793-1796). Además, porque la definición no engloba sólo las cosas susceptibles de apropiación sino también a las que sólo sirven al uso humano aunque no sean o no estén apropiadas. La definición del § 285 se ha forjado a través de la herencia romana, de la noción polisémica de *res*, mediante un procedimiento de abstracción y generalización. Procede no de representantes del iusnaturalismo sino probablemente de la jurisprudencia holandesa, pues se encuentra ya en Arnold Vinneus (*Vinnius),* a mediados del siglo xvii, de donde lo toma Martini. Este texto tan amplio de cosa fue criticado por Savigny (32). Pero Pfister sostiene que la definición de la cosa es pertinente desde un punto de vista sistemático. Permite diferenciar el objeto de las dos primeras Partes del ABGB (derecho de las personas y de las cosas). Sobre todo, el concepto general de cosa permite abrazar un contenido tan amplio

(31) *Loc. cit.* p. 54-74.

(32) *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (Paris 2006), p. 97 s. Dice Savigny que el concepto de cosa en el § 285 está tomado con tal generalidad que apenas si se encuentra algo que no sea considerada cosa: así las artes, las ciencias, el *savoir-faire,* son conceptos que representan conjuntos de cosas en sentido general. Tal concepto es inutilizable, como igualmente la propiedad y la posesión sobre ellas. Opinión que se comparte por la Escuela histórica desarrollada en Austria a partir de la segunda mitad del siglo xix, que entiende que semejante tarea es más propia de la doctrina que del legislador.

de las materias incluidas en la segunda Parte, cosas incorporales, derechos reales y de crédito, y también derechos sobre derechos (por ej. la prenda de un crédito) (33).

Al igual que el Código francés, pero acaso con mayor fidelidad al Derecho romano, el ABGB define diferentes categorías particulares de cosas. En primer lugar, la basada en bienes del Estado y bienes de los particulares, ya se trate de personas jurídicas como físicas; las cosas libres (*freistehenden Sachen)*, es decir, las que se pueden apropiar los particulares, y las cosas generales o públicas *(allgemeinen und öffentlichen Güter),*o sea aquellas cosas que constituyen el patrimonio del estado. En segundo lugar la basada en la naturaleza de las cosas; pero en lugar de imitar al Código francés que establece la *summa divisio* en la distinción muebles-inmuebles, el ABGB lo hace con las cosas corporales e incorporales. Según el § 292 son corporales las cosas que caen bajo el poder de los sentidos, mientras que incorporales son el derecho a cazar, el derecho a pescar y todos los demás derechos. Conforme a dicho precepto todos los derechos son cosas, y el § 303 incluye también aquí las prestaciones de servicios (*Dienstleistungen*), juntamente con los trabajos manuales e intelectuales que también se definen como cosas apreciables. Para el codificador austriaco, la fuerza del trabajo tanto manual como intelectual se consideran como cosas. Finalmente el § 302 incluye las universalidades de derecho entre las cosas.

Pfister observa (34) que el fundamental § 292 incluye entre las cosas incorporales a todos los derechos. Pero el de propiedad hubiera debido ser excluido expresamente. Ello le conduce a analizar las definiciones de la propiedad en el ABGB. Según el § 353, todo lo que pertenece a alguien, todas sus cosas corporales e incorporales, se denominan su propiedad; añadiendo el § 354 que considerado como un derecho, la propiedad es la facultad de disponer según su voluntad de la sustancia y utilidades de una cosa, con exclusión de terceros.

En el proyecto elaborado bajo la dirección de Martini en los años 1790 se introdujo por la primera vez una doble definición de la propiedad. Se conservó ulteriormente, si bien a propuesta de Von Zeiller sufrió una profunda modificación. Mientras que en aquel se

(33) *Loc. cit.* p. 56 s.
(34) *Loc. cit.* p. 58.

trataba de distinguir entre un sentido amplio y otro estricto de propiedad, limitado a las cosas corporales, en la versión definitiva se trata de diferenciar entre un sentido objetivo, contenido en el § 353, y un sentido subjetivo recogido en el § 353. Esta distinción aparece implícita en otros códigos, incluido el francés, mientras que en el austriaco está explícito. Hay que rechazar la idea de ver aquí recogida la distinción romana entre *proprietas* y *dominium*, aunque acaso pudiera verse aquí evocada la distinción que formuló el *usus modernus pandectarum* entre la esencia de la propiedad y su efecto (facultad de disponer), pero es dudoso. Opina PFISTER que el desdoblamiento conceptual de la propiedad encuentra probablemente su origen en la evolución propia de cada uno de sus componentes, que analiza sucesivamente.

"Todo lo que pertenece a alguien", es la propiedad como patrimonio. En el proyecto Martini de 1796, en el que se inserta por primera vez, la acepción objetiva de la propiedad era quizá sinónimo de *suum* (lo suyo), susceptible de abarcar incluso los bienes de la persona (vida, libertad, reputación). En su teoría del derecho natural, Martini considera que, conforme a su teoría del derecho natural, "lo suyo" incluye todos los bienes, derechos y *perfecciones* (derechos innatos) que pertenecen a una persona con excepción del resto. Pero en el texto definitivo del ABGB desaparece toda vinculación entre propiedad y derechos innatos del hombre. De suerte que "lo que pertenece a alguien" es la *res in nostro patrimonio*, como sostuvo Wolf y se alude en otros §§ diferentes del 353 con el término de *Vermögen*, y los comentaristas denominan *Eigentum.* Así concluye PFISTER (35): Sobre el conjunto de propiedades que forman su patrimonio la persona ostenta un derecho de propiedad que define el § 354. De aquí surge "considerada como un derecho" "la esencia subjetiva de la propiedad".

Dicho precepto es similar a otros Códigos, especialmente el art. 544 del francés, aunque no sin matices diferenciales. En el ABGB la esencia subjetiva del derecho de propiedad se identifica expresamente con una facultad (*Befugnis)* del propietario, que ejercita discrecionalmente según su voluntad, lo que impediría inicialmente reducirla a mera cosa. Entre los comentaristas italianos y los humanistas franceses, teólogos, autores de la segunda Escolástica espa-

(35) *Loc. cit.* p. 62.

ñola, *Usus modernus pandectarum* y Escuela de Derecho natural, se generaliza definir el *dominium*, como *potestas* o *facultas*, es decir, poder o facultad que se ejerce libre, discrecional y arbitrariamente sobre las cosas, Aquella definición aparece en el *Codex Theresianus,* en el bávaro y en el prusiano.

A diferencia del art. 544 (36), el § 354 define el contenido de la facultad del propietario bajo dos aspectos, no sólo la fase interna del derecho de propiedad sino también frente a terceros, o sea la fase externa. La primera se describe con amplio detalle (incluso la facultad de destruir la cosa, la de servirse discrecionalmente de ella o la de dejarla inutilizada, transferirla a otros, en todo o parte, o abandonarla). La segunda, descrita en el § 366, consiste en "excluir de ella a los terceros" mediante el derecho de reivindicarla, que aparece explícitamente en la doctrina europea a partir del siglo XVI, y que se consagra en el § 900 del BGB (37). El Derecho francés no hace mención de ello, aunque la doctrina gala considera que en el espíritu de sus redactores la propiedad es "esencialmente exclusiva" (38).

En cuanto a los límites del ejercicio del derecho subjetivo de propiedad, el § 364 dispone que solo puede ejercerse a condición de no perjudicar los derechos de terceros, respetar los límites fijados por las leyes con la finalidad de salvaguardar la realización del bien general.

El amplio objeto del derecho de propiedad se manifiesta en la expresión "todas las cosas en general", lo que presenta un doble interés, pues por un lado revela la ambivalencia de la propiedad y al mismo tiempo su centralidad dentro del ABGB. Por un lado se justifica el hecho de conservar en el mismo, junto a la propiedad exclusiva, el doble dominio característico de la feudalidad; es decir, una propiedad directa *(Obereigentum)* que recae sobre la sustancia, y una propiedad útil (*Nutzungseigentum*), que recae sobre las

(36) *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*

(37) El autor no menciona el art. 348 pár. 2.º del CC español, pese a su filiación francesa.

(38) *Loc. cit.* p. 65 (con cita de Maleville).

utilidades. Además procederá analizar las relaciones de la propiedad con los demás derechos reales. En este punto se ha producido una sensible evolución a lo largo del proceso codificador (39).

En efecto, una vez suprimida la limitación del derecho de propiedad únicamente sobre las cosas corporales a instancia de Von Zeiller, el § 355 dispone claramente que "todas las cosas en general pueden ser objeto del derecho de propiedad". Se basó en que aquella limitación era una regla romana que no fue seguida en Alemania; sistemáticamente lo exigía la Parte segunda del ABGB, pues si abarca también a los derechos de crédito, parecía necesario aplicar a estos las normas sobre propiedad que la encabezaban. Por último, aceptando la doctrina canónica, se admite la posesión de cosas incorporales que permite argumentar en tal sentido (40). En consecuencia, concluye Pfister, si bien la mayoría de disposiciones del ABGB recaen sobre la propiedad de cosas corporales, algunas se refieren también a cosas incorporales (§ 427 relativo a la tradición de créditos, § 1030 relativo a la propiedad de una industria). Sin embargo desde mediados del siglo XIX, debido en gran medida al influjo pandectista alemán, la doctrina austriaca se opone a la aplicación del concepto de propiedad a las cosas incorporales. En consecuencia ha diferenciado un sentido amplio de propiedad, asimilado al patrimonio (reglado por el § 353), y un sentido estricto de propiedad (§ 354) que solo comprende las cosas corporales. Se observa que, quizá por razones diferentes, la doctrina francesa, en la misma época, ha sufrido similar evolución.

Las relaciones entre el derecho de propiedad y los derechos reales limitados son complejas (41). Conforme al § 308, junto a la propiedad se incluyen la posesión, la prenda, el derecho hereditario y las servidumbres reales y personales, dentro de la categoría de *Sachenrecht*. Recordemos que según el § 307 son derechos reales los que corresponden a una persona sobre una cosa sin consideración

(39) *Loc. cit.* p. 66 ss.

(40) Según Von Zeiller, si yo puedo utilizar mi derecho en todo o en parte, y también no utilizarlo; si yo puedo transferirlo a alguien o abandonarlo; puedo igualmente perseguirlo, de modo petitorio o posesorio. Así se vuelven a encontrar las características esenciales de la propiedad (*Loc. cit.* p. 68).

(41) *Loc. cit.* p. 69 ss.

a otras personas determinadas; se oponen a los derechos personales o de crédito cuando nacen de una ley o de un acto obligacional, respecto de una cosa, y solamente contra personas determinadas. Mediante estas disposiciones el codificador austriaco consagra expresamente una distinción doctrinal entre *ius in re* y *ius ad rem*, existente sólo en germen en la época medieval, fue sistematizada modernamente por autores alemanes y holandeses (Apel, Vinnius, Hann, Struve) y también por Pothier. Pero recogida en el ABGB, no lo fue por el Código Napoleón. Surge una dificultad que Pfister destaca (42) y que von Zeiller no resuelve.

El codificador austriaco cuida de diferenciar la propiedad de los *iura in re aliena.* A partir de la distinción entre la sustancia y las utilidades de la cosa se distinguen tres situaciones posibles: 1.º La propiedad plena e indivisa (*vollständig* y *ungeteilt*). 2.º La propiedad plena pero limitada (*vollständig* y *beschränkt*) por los derechos de terceros sobre la utilidades de la cosa del propietario. 3.º La propiedad incompleta e imperfecta al estar dividida en dos propiedades, una directa y otra útil, ambas concurriendo sobre la sustancia de la cosa (43). Para el autor el segundo caso podría equipararse al tercero, pero afirma sin dudar que la tripartición corresponde a la voluntad del legislador. Según el § 357 el derecho de propiedad es completo –*dominium plenum* decían los doctores antiguos– cuando su titular tiene un derecho sobre la sustancia y sobre las utilidades de la cosa. Pero según el § 358, fuera de los casos de división de la propiedad en directa y útil, las demás restricciones establecidas por la ley o la voluntad del propietario no anulan la plenitud *(Vollstän-*

(42) Según el codificador austriaco el derecho de propiedad puede recaer sobre cosas incorporales, es decir, tanto sobre derechos reales como personales. Parece incoherente conferir al derecho de propiedad igual naturaleza que a otros derechos sobre los cuales se estima puede ejercerse. Extremando el argumento, en la medida en que los derechos reales son cosas incorporales, calificar como tal al derecho de propiedad ello conduce a reducirlo a mera cosa, que también se califica de facultad humana. Von Zeiller trata de subrayar que "el derecho de propiedad se distingue de todos los derechos relativos a las cosas", tanto reales como personales. Pero es indudable que la contradicción permanece inscrita en el ABGB y ello puede motivar que la doctrina posterior trate de limitar el derecho de propiedad a las cosas corporales. (*Loc. cit.* p. 71).

(43) *Loc. cit.*

digkeit) de la propiedad. Entre esas restricciones figuran las servidumbres y los contratos. Aunque se haya constituido un usufructo (§ 509), es decir, un derecho exclusivo sobre todas las utilidades o sobre el uso completo de la cosa Von Zeiller afirma que "el que tiene un derecho exclusivo sobre la sustancia es y sigue siendo pleno propietario". Así pues, tales derechos concedidos a terceros constituyen meras restricciones o limitaciones a la libertad, o también obligaciones que recaen sobre el propietario.

Esta concepción muestra la importancia de la distinción entre la sustancia y sus utilidades. Asímismo, que ni el usufructo ni el arrendamiento hacen *minus plena* la propiedad. Con ello se elimina la teoría de su desmembramiento evitando tener que hacer frente a las discusiones medievales. Pero a continuación reaparece sorprendentemente una modalidad de propiedad dividida en el ABGB.

Según el § 357: "Cuando el derecho sobre la sustancia de la cosa se encuentra reunido en beneficio de una única y misma persona con el derecho sobre los productos de esta cosa, el derecho de propiedad es pleno e indiviso. Pero si una persona solo tiene un derecho sobre la sustancia de la cosa, y a otra corresponde, además de un derecho sobre la sustancia, el derecho exclusivo sobre las utilidades, entonces está dividido el derecho de propiedad siendo imperfecto para ambos. El primero se llama propietario directo, y el segundo propietario útil".

Esta ambivalencia no es exclusiva del Código austriaco, y figura con alcance variable en la mayoría de los textos de la primera ola de la codificación europea (Código bávaro de 1756, Código prusiano de 1794, Código de Baden de 1809 pese a ser una copia del galo). No figura en el francés porque el art. 544 expresa la resolución del legislador napoleónico de confirmar la abolición por la Revolución de la feudalidad y el doble dominio. Su conservación en el ABGB se debe, en primer término, a que los Estados del Imperio no les habían imitado. Pero hay otras razones.

A lo largo del proceso codificador austriaco el puesto reconocido a la propiedad dividida ha variado sensiblemente. El proyecto Martini le consagra un parágrafo por primera vez, que será reproducido por el § 357, concediéndole categoría de institución propia tratada en un capítulo. Pero el ABGB significa un retroceso pues se limita a conservar el parágrafo básico, eliminando el resto, remitiendo su régimen a la legislación especial. A falta de una explicación del propio legis-

lador de esta conducta, se han avanzado las siguientes razones: la tradición, el ejemplo prusiano y la reacción o la necesidad política. Ninguna de ellas parece exclusiva.

La admisión de la propiedad dividida en el ABGB se ha explicado por la consagración de tradiciones locales y doctrinales. Pero ello se contradice con la alegación de que con anterioridad a la mitad del siglo XVIII la literatura jurídica austriaca reservaba escaso o nulo espacio a una supuesta propiedad útil de los campesinos. Por otro lado en la historia de la codificación austriaca no aparece en los primeros proyectos sino en el de Martini, a partir de 1796. Sin embargo, Pfister alega que algunas fuentes históricas muestran que la propiedad dividida no está ni débilmente representada ni tampoco introducida tardíamente en los trabajos codificadores. Lo que permite concluir por cierta inconsecuencia de los redactores hostiles a aquélla, así como la dificultad para ellos de abandonar una "antigua costumbre jurídica" (44). Quizá pudiera decirse que la propiedad dividida en Austria es más antigua, presente y viva en el momento de la codificación que lo que habitualmente se sostiene, y que el legislador no pudo hacer otra cosa que aceptarla.

Por otra parte existe una tradición doctrinal sobre el doble dominio, antigua y bien conservada en el siglo XVIII, a la cual el codificador no pudo ser insensible. A ella pertenecen MARTINI y VON ZEILLER, aunque con diferente intensidad. Ambos aceptan en sus escritos que la propiedad puede ser dividida cuando su titular sólo transmite una parte de su cosa, ya sea la sola sustancia que es la *proprietas* o el *dominium directum*, ya todas las utilidades, es decir, el *dominium utile,* ya sean derechos sobre su cosa, en el caso de las servidumbres. Curiosamente Martini en el capítulo relativo a las permutas consagra algunos §§ a los contratos constitutivos del dominio útil, como la enfiteusis y el feudo. Concluye PFISTER (45) que no puede descartarse que Martini, insertando en su proyecto de 1796 un reconocimiento de la propiedad dividida, al lado de la exclusiva, y VON ZEILLER, conservándola con alguna reticencia, no dejaron de ser fieles a una tradición antigua, admitida todavía por el iusnaturalismo, y que sigue viva en el momento de la codificación austriaca. También se apunta a la influencia del Código prusiano. No es improbable,

(44) *Loc. cit.* p. 77 ss.
(45) *Loc. cit.* p. 79.

reconoce el autor, que Martini adoptara el modelo prusiano, pero esa regulación específica desaparece con Von Zeiller, que la sustituye con una remisión a las leyes especiales. La actitud austriaca se muestra más discreta que la prusiana en este punto. La similitud en la concepción de la división del dominio puede obedecer a que el ABGB trata de diferenciarla de la constitución del usufructo, el cual carece de todo derecho sobre la sustancia de la cosa.

A juicio de Pfister (46) el lugar concedido a la propiedad dividida debe interpretarse con la influencia de la evolución política de los territorios de los Habsburgos, al sufrir la influencia de la Revolución. Incluso antes de producirse esta se manifiesta una corriente favorable a la propiedad campesina y a la liberación de las cargas feudales. En este sentido se inician reformas bajo María Teresa, y se continúan bajo José II. Un rescripto de 1781 y una *Patente* de 1783 autorizan a los titulares del dominio útil de las tierras a ejercer las prerrogativas clásicas de la propiedad, especialmente la de cultivarlas libremente . Se derogan los retractos y se les permite redimir las cargas que las gravan. Al fin del reinado de José II, algunos Consejeros de estado no dudan en hablar de la *propiedad campesina.*

Esta dinámica de liberación de tierras, admite, sin embargo, diversas interpretaciones. Pfister (47) se inclina a pensar que se debe a una necesidad política y social, dado que resultaba difícil al codificador austriaco suprimir mecanismos de origen feudal, que seguían vivos en la realidad, enfrentándose al movimiento surgido a partir de 1780 dirigido a reforzar los derechos inmobiliarios de los campesinos, eliminando repentina y brutalmente las esperanzas de llegar a ser titulares del dominio útil. No pudiendo eliminar la propiedad dividida, la conservan con reticencias y reservas. Von Zeiller estima que el código no es el lugar adecuado para regular las relaciones entre el señor (*Grundherr)* y el poseedor (*Grundholder),* probablemente con la finalidad de despolitizarlas creyendo que se trata de un derecho privado especial. Las escasas normas sobre propiedad dividida conservadas en el ABGB, son escasas y fragmentarias; así el arrendamiento hereditario, la enfiteusis y la superficie se encuentran entre los derechos de crédito, y puede entenderse que su redacción se hizo de modo neutro, evitando cualquier alusión a las

(46) *Loc. cit.* p. 80.
(47) *Loc. cit.* p. 81 s.

prerrogativas aristocráticas al objeto de conservar la ficción de una igualdad general.

Después de rastrear en el Derecho francés curiosas y poco conocidas supervivencias de propiedad dividida y arrendamiento enfitéutico o de larga duración, al margen y en contra del Código de Napoleón (48), el autor reconoce que la abolición del feudalismo tiene lugar a lo largo del siglo XIX en la monarquía de los Habsburgo al igual que en otros países europeos, especialmente por normas constitucionales, aboliendo toda sujeción de los campesinos a sus señores, convirtiendo la tenencia de sus fincas en propiedad libre. Pero hubo que esperar a una ley de 1938 para derogar los fideicomisos familiares, y a 2006 para la propiedad dividida reconocida en el § 357 ABGB (49).

6. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1804 Y EL ABGB (50)

Cabe inicialmente apostillar esta comunicación como una macrocomparación pues se propone parangonar en su conjunto el régimen de la responsabilidad en los códigos francés y austriaco, que ofrecen

(48) Prohibido los fideicomisos en el art. 896 del *Code civil*, el Emperador mediante una derogación del derecho común autoriza la constitución de mayorazgos para asentar la fortuna de la nueva aristocracia; es decir, se trata de un conjunto de bienes inalienables, transmisibles a perpetuidad por vía de la descendencia masculina y por orden de primogenitura, lo que obliga a reformar en 1807 el mencionado precepto codicial. Observa Pfister que antes de promulgarse el ABGB ya había reaparecido en Francia el mayorazgo que era una forma de propiedad dividida (la cual fue derogada definitivamente por Ley de 11 mayo 1849). También asegura que los arrendamientos de larga duración, manifestación del doble dominio antes de la Revolución y de la promulgación del *Code civil*, seguían practicándose dado que este los omitió. Durante parte del siglo XIX algunos autores y hasta resoluciones de los tribunales, han defendido también que "el arrendamiento enfitéutico operaba una división de la propiedad en dos partes, una del arrendador y otra del arrendatario" como bajo el *Ancien Droit* (*loc. cit.* p. 85 y 87 s.)

(49) *Loc. cit.* p. 88.

(50) El título reproduce la comunicación del Prof. Olivier DESCAMPS, de la Univ. Panthéon-Asas, *op. cit.* p. 89-104, que contiene 79 notas a pie de página.

algunas analogías y muchas diferencias entre si (51). En efecto, si bien ambos siguen el plan de Gayo en la distribución de materias, las disposiciones relativas a la responsabilidad no se insertan de igual modo en el marco formal de cada código. En el ABGB figuran en la segunda Parte concerniente al derecho de cosas. En el *Code civil,* en el libro III relativo a los diferentes modos de adquirir la propiedad. Además la codificación francesa establece la distinción entre delitos y cuasi-delitos, que no aparece en el austriaco, el cual se apoya en conductas provenientes del Derecho romano (armadores, hoteleros y transportistas) sin cualificarlas específicamente.

En Francia, el primer proyecto Cambacères incluía sólo dos supuestos que pasaron a ser cinco en el texto definitivo. En Austria el proceso fue inverso, pero, sobre todo la estructura de cada norma aparece diversamente construida. En el ABGB, sin aparente organización, posee una lógica interna. Se inicia con una descripción del daño causado seguida de disposiciones relativas a sus causas originadoras; generalmente se trata de la culpa, del ejercicio de un derecho, del caso fortuito, del hecho de un tercero o del hecho de un animal. Los tipos de reparación abarcan el daño corporal, las afecciones a la libertad personal, al honor y a la propiedad. Otras normas tratan de cuestiones específicas (penas convencionales o responsabilidad de los herederos). También ocurre que en la legislación austriaca las reglas se incluyen entre las reglas comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual, mientras que en derecho francés la *sedes materiae* de ambas figuran en lugares diferentes. Así, en el *Code civil* en los arts. 1137 y 1147, mientras que en el ABGB, el § 1295 unifica el régimen (52). Sin embargo, ambos códigos tienen en común enunciar principios en términos generales. No obstante, el austriaco que logra cierto grado de abstracción, aparece marcado

(51) Se omite en ambos casos cualquier referencia al tratamiento jurisprudencial del tema.

(52) "Cualquier persona puede reclamar la reparación de un daño a quien se lo ha causado por su culpa, tanto si el daño proviene de la violación de un deber fundado en una convención como si no procede de la violación de ningún contrato". El texto alemán aparece redactado con alguna indefinición: *Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf eine Vertrag verursacht worden sein.*

por la casuística; mientras que el francés (53) se basa en una lógica de elaboración basada en la naturaleza de las cosas (así el hecho personal de los arts.1382 y 1383, precede al hecho de las cosas y de un tercero –art. 1384–, mientras que finalmente aparecen los daños causados por los animales –art. 1385–, y los edificios que amenazan caerse –art. 1386–. A la síntesis gala se opone el detallismo austriaco: la materia se regula nada menos que en 51 §§. El sustrato común es el derecho romano de los delitos y el racionalismo jurídico; en cuanto al primero, la *lex Aquilia,* los edictos sobre el *damnum infectum* y la *operis novi nuntiatio,* la *actio de pauperis,* y la caída y suspensión de objetos (54). Pero esta herencia no se ha recogido igualmente en ambos códigos. La originalidad de cada sistema se analiza exponiendo su fundamento y el régimen de las cuestiones de responsabilidad.

Rasgo común es la consagración del *Neminem laedere* romano y de la obligación de reparar. La ley proclama efectivamente dos deberes que derivan del derecho natural y de la moral: No causar daño a nadie y la obligación de repararlo. Se aunan así principios cristianos y iusnaturalistas. El autor cita doctrina francesa (55) y iusnaturalista (56). Pero constata que difiere el planteamiento estructural, porque el ABGB se interesa primero por el daño, mientras que el *Code civil* privilegia el hecho en sí mismo.

Hay diferencias en cuanto al daño causado.

El § 1293 ABGB da una definición precisa del daño mientras que el código francés no precisa en qué consiste, siendo necesario acudir a los trabajos preparatorios para intentar averiguar lo que los redac-

(53) El autor ha escrito abundante bibliografía reciente sobre el tema, que recoge en *loc. cit.* nota 16.

(54) Con cita de la romanista española: Teresa Gimènez-Candela, *Los llamados cuasidelitos* (Madrid 1990).

(55) Son preceptos gravados en el corazón del hombre (Treilhard); reglas extraídas de la razón, de la sabiduría, de la equidad natural, y de los principios de la sana moral, bases esenciales de una buena y duradera legislación (Bertrand de Grouille).

(56) Puffendorf situaba la cláusula general de responsabilidad civil bajo el apoyo de ambos principios presentando una visión laicizada de tales deberes.

tores concibieron como daño. Al presentar la Exposición de Motivos ante el Cuerpo Legislativo y el Tribunado manifiestan que por daños se entiende: " el homicidio hasta una leve herida, el incendio hasta la ruptura de un mueble mezquino (*chètif).*" Estima el autor (57) que si bien la casuística romana es perceptible en los proyectos del periodo intermedio, se va difuminando en beneficio de una generalización de la noción. En cambio en el ABGB se abandona la casuística tradicional, e incluso la definición del daño futuro en el Digesto (39, 2, 3). Se trata simplemente del daño causado a alguien, en su fortuna, en sus derechos o contra su persona. También se circunscriben las causas y las modalidades del daño, a saber, una acción, una abstención ilícita o un accidente; puede haberse cometido conscientemente, lo que revela una mala intención (que, sin embargo, no se califica de dolo). La deformidad que las doctrinas medievales y modernas sólo admitieron restrictivamente, está acogida de modo singular, en beneficio no de la víctima sino de su marido (58).

Concepciones relativas a los hechos causantes.

Rasgo común es la necesidad de una conducta culposa, cualquiera sea su gravedad. El ABGB precisa que la persona que sin culpa, o por acción involuntaria ha causado daño a otra, no está obligada a indemnizar (§ 1306). Ahora bien la teoría del derecho natural de responsabilidad por culpa no siempre estuvo admitida unánimemente en la comisión. Von Zeiller llega a impugnarla, defendiendo una caracterización objetiva, pero sin dar explicaciones sostiene que esta última no puede aplicarse y, en definitiva, se aprueba el § 1295 ya expuesto. Cambacères propugna una concepción original del daño indemnizable. En sus tres proyectos no hay ninguna referencia a la noción de culpa. Martini rechaza la tripartición de culpa (*lata, leve et levissima)*, aunque estima que la muy ligera debe equipararse al caso fortuito. Pero el texto del ABGB está dotada de especificidad y conserva cierta influencia romana. El dolo se evoca en los §§ 1294 y 1324 *(Bösen Absicht*) que remiten a la intención de dañar voluntariamente. La *negligentia* planteó dudas en fase legislativa, Martini introduce la distinción entre *méchanceté* (maldad,

(57) *Loc. cit.* p. 95.
(58) *Loc.* últim. cit.

ruindad, picardía), y *negligentia*, pareciendo aludir a la oposición entre negligencia grave y ligera. El § 1299 alude a la *impericia*, es decir al hecho de pretender ejercer públicamente un empleo, arte, oficio o industria, y cuya ineptitud es origen de daños. Quien pretende dominar un oficio o arte debe asumir las consecuencias de su ignorancia. MARTINI rechazó la responsabilidad de los menores y de los locos. Después de la intervención de VON ZEILLER se aceptó la de los menores, con amplia discrecionalidad judicial (§ 1310).

En el *Code civil* se concibe el hecho personal distribuyendo los tipos de comportamiento conforme a la regulación aludida. El autor recoge abundante doctrina a este respecto (59). El art. 1382 contempla la responsabilidad delictual y el siguiente la cuasidelictual. El aspecto voluntario supone la capacidad para cometer delitos, lo que presupone un ser moral y una visión espiritualista de la naturaleza humana. Algunos autores aluden a la filosofía pesimista de Hobbes, que también fue la del jansenismo, pero sin cuestionar el libre arbitrio y la doctrina cristiana, que se recoge en Domat y Pothier, frente a la filosofía inglesa. A propósito de la supuesta diferenciación entre *faute* e *imprudence*, la influencia recíproca de ambos autores en los redactores del *Code* permite distribuir ambas modalidades entre los arts. 1382 y 1383.

En cuanto al hecho de un tercero hay dos preceptos contradictorios. Según el art. 1384 pár. 1.º puede responderse del hecho personal y también de aquellas personas por las que se debe responder. En cambio el § 1313 establece que nadie es responsable por los actos ilegales de un tercero en los que no ha participado, y cuando la ley dispone lo contrario conserva su reclamación contra el autor. Ambas legislaciones se ocupan parecidamente de la responsabilidad de los padres, de los docentes, y de los empresarios respecto de sus hijos, alumnos y dependientes, y sus soluciones divergen a veces. El ABGB se basa en un deber general de vigilancia, mientras que el *Code* atiende a los deberes específicos que impone la patria potestad. Cuando el menor se encuentra fuera de casa resulta ilusorio el deber de vigilancia de sus padres.

El hecho de las cosas da lugar en el ABGB a la responsabilidad delictual por los hechos que, en el derecho romano, se calificaban de cuasi-delitos y en el derecho moderno suponen casos de respon-

(59) *Loc. cit.* p. 97 s.

sabilidad objetiva o cuasiobjetiva. Aunque no recoge ningún caso procedente del *damnum infectum* romano, sin embargo el § 1319 deja entrever la noción de daño futuro que autoriza únicamente a la denuncia ante la autoridad pública (60).

El hecho de los animales está presente en ambas codificaciones. Los tres §§ que le dedica el ABGB contemplan dos casos, a saber, las heridas causadas por un animal [§ 1320 (61)], y el daño causado en el fundo ajeno [§ 1321 (62)]. El autor considera que este régimen es más próximo al romano (D. 9,1) (63).

El apartado final se dedica al estudio comparativo del régimen de la responsabilidad (64). En ambos sistemas la gravedad de las consecuencias de actuar la responsabilidad es el fruto de una evolución histórica cuya matriz común es el periodo medieval, las notables aportaciones de la Segunda Escolástica y de la Escuela moderna del Derecho natural. Pero el autor reconoce que el ABGB presenta una riqueza superior a la del *Code civil,* tanto en el nivel de evaluación de la indemnización, como de sus implicaciones procesales.

El *Code* no indica nada sobre la extensión de la indemnización. La evolución realizada en el Antiguo Régimen tiende a que sea lo más amplia posible al amparo de los progresos procesales, distinguiendo entre el interés perjudicado y el interés general defendido por el Fiscal. Asímismo la evolución del *jus commune* ha facilitado

(60) Dispone el § 1319 que “nadie puede reclamar judicialmente por la caída probable de una bandera, de una vasija o de cualquier otro objeto suspendido o colocado en la vía pública que amenace a los transeúntes; pero cualquier persona, en interés de la seguridad general, tiene derecho a denunciar el peligro a las autoridades de policía”.

(61) § 1320: “Cuando un animal hiere a una persona será responsable la persona que ha azuzado al animal o que culpablemente no lo ha impedido. Si no puede demostrarse la existencia de esta culpa, el daño se considera accidental”.

(62) § 1321: “Quien encuentra en sus tierras a animales pertenecientes a un tercero, no está autorizado a matarlos. Podrá expulsarlos usando medios de fuerza adecuados, o bien, si ha sufrido daños causados por los animales, puede aplicar el derecho de retención privada de un número de animales necesarios para indemnizarle. Pero queda obligado en el plazo de 8 días a resolver el problema amistosamente con el propietario o bien acudir al juez, y, en su defecto, restituir el ganado retenido en prenda”.

(63) *Loc. cit.* p. 101.

(64) Loc. cit. p. 101-104.

la transmisibilidad activa y pasiva de la obligación de indemnizar. El Derecho canónico ha justificado la obligación de indemnizar que incumbe a los herederos del *decuius* delincuente. En el tercer proyecto Cambacères figura una imprecisa disposición que atribuye a los jueces facultades en razón a las circunstancias para fijar el *dédommagement.* Los trabajos preparatorios permiten atisbar que el fin perseguido era la reparación integral.

En el ABGB las cosas son más precisas si bien surgen problemas terminológicos. Hay variedad de términos. *Genugtuung* y *Schadloshaltung*, suponen un régimen diferente en función de la naturaleza de la culpa, la negligencia (*Versehen*) y el dolo *(Bosheit).*Esta distinción era necesaria al no diferenciar el derecho romano la indemnización en función de tal dicotomía. Martini estima que la mala intención es más peligrosa que la negligencia y sostiene que debe sancionarse más severamente (65). Finalmente la eventual culpa de la víctima reduce la cuantía de la indemnización. Omitida en el *Code civil*, aparece en los §§ 1304, 1307 y 1310. La víctima, en tales supuestos, sufre una pérdida proporcional a su culpa. No siendo posible precisarla, la ley fija la mitad de la cuantía indemnizatoria.

En el ABGB la solidaridad de los responsables se toma también en consideración. Así el §1301 dispone que una pluralidad de personas pueden responder a la vez por un daño ilegalmente causado, cuando han contribuido en común, directa o indirectamente, por seducción, amenazas, órdenes, ayuda etc., o bien cuando descuidan el cumplimiento de su obligación particular o impiden evitar la realización del mal. No siendo posible identificar al autor directo o indirecto, o fijar la responsabilidad de cada uno, se aplica la solidaridad. Ello rige también en caso de responsabilidad contractual. Un caso concreto: si varias personas se encuentran en una habitación y un objeto lanzado por la ventana hiere o mata a un transeunte, la imposibilidad de determinar la autoría implica solidaridad. Destaca

(65) "Le négligent doit dédommager (resarcir a) la victime (*Schadloshaltung)*, le malicieux doit lui en rendre satisfaction (*Gemugtuung*)". Aquello corresponde a la indemnización de las pérdidas materiales mientras que la satisfacción comprende el *lucrum cessans.* En caso de indemnizar el daño material por negligencia, el autor debe el valor más elevado entre el momento del daño y el del pago. En el caso de daño intencional, el valor del *pretium affectionis* y la ganancia dejada de obtener, entran en juego para cuantificar la indemnización.

el autor la singularidad del § 1337 que establece la responsabilidad de los herederos que suceden al causante del daño en proporción a su cuota.

A modo de conclusión afirma el autor (66): Los sistemas de responsabilidad analizados evolucionan entre tradición e innovación, con sustrato romano común. Sin embargo, la evolución en los periodos medieval y moderno no ha sido asimilada del mismo modo en ambos casos. Numerosos preceptos del código austriaco se caracterizan por una mayor impronta romana, revisada y reconsiderada con las tesis del Derecho natural moderno. Si en los trabajos preparatorios del ABGB, es poco citado el código francés, ello se debe a las circunstancias y a las concepciones defendidas por sus redactores. Von Zeiller ha cambiado de parecer en su respecto evolucionando hacia una actitud crítica de las disposiciones napoleónicas. En su conjunto, el sistema austriaco ha tratado de superar los problemas suscitados en Francia por la concisión y generalización aplicados en 1804. (67)

7. EL *ANSCHLUSS* Y EL ABGB

Se trata de un tema –harto delicado– que exponen dos profesores de la Universidad de Viena, con profusa bibliografía y perspectivas hasta ahora inéditas en Austria (68), hasta el punto de sugerirse que esta comunicación pudiera ser el punto de partida de otras posibles investigaciones (69). Con todo, cabe observar que no se trata de una vicisitud histórica absolutamente original pues no pocos países de Europa central y oriental vivieron situaciones paralelas, o similares, bajo el totalitarismo ruso, incluso durante un periodo de tiempo más prolongado (Rumania, Polonia, Países bálticos,

(66) *Loc. cit.* p. 104.

(67) Como necesario complemento de este apartado véase *infra* el núm. 10 de esta recensión.

(68) Franz-Stefan Meisel et Benjamin Bukor, *L'ABGB à l'époque nationale-socialiste, loc. cit.* p. 105-132, con 147 notas a pie de página, muchas de ellas ampliamente nutridas, y todas con fuentes originales en alemán.

(69) Hay resoluciones no publicadas conservados en archivos cuya existencia puede darse a conocer.

Hungría). Lo singular aquí, acaso sea la pervivencia de un código, entonces ya longevo y que ahora alcanza el bicentenario.

Interesa reproducir la estructura interna que los autores confieren a la comunicación, y que me parece útil para exponer su interesante contenido: Introducción. Armonización del derecho y unificación de los mandatos jurídicos del Reich. El ABGB y los trabajos de elaboración del Código civil del pueblo alemán (*Volksgesetzbuch).* Interpretación del ABGB en la época nacional-socialista (La discusión en la teoría del Derecho civil . La interpretación del ABGB por la jurisprudencia en dicha época: filiación, disolución de matrimonios mixtos raciales, otros ejemplos de la jurisprudencia civil nazi). Resumen final.

Advierten los autores que en sus 200 años de vigencia el ABGB ha sobrevivido a numerosas rupturas constitucionales, por lo cual propiamente no ha habido un *continuum*, sobre todo en materia interpretativa. La época nacional-socialista constituye sin duda la fractura más destacada, si bien formalmente el ABGB se inscribe en una línea de continuidad en la época del Reich alemán pues permaneció en vigor durante todo el tiempo de la dominación del régimen totalitario en Austria. ¿Qué significó el golpe de estado nazi de 1938 para el § 16 de su Código civil, del que se deriva el ideal de una capacidad jurídica igual de todos los hombres y el reconocimiento de la dignidad humana? El tema se ha debatido a fondo en la doctrina alemana y los autores de la comunicación aluden a los resultados de la extraña coexistencia entre el BGB y la filosofía nacional-socialista (70), que conducía a contradicciones insalvables cuando se trataba de los *enemigos del Reich,* aceptando los tribunales sumisamente tales calificaciones. En Austria faltan análisis detallados de la aplicación del ABGB en dicha época. La investigación se limita hasta ahora a la modificación de leyes austriacas después del *Anschluss* y a las sentencias publicadas por el Tribunal del Reich. En consecuencia, sólo pueden analizar algunos aspectos ofreciendo finalmente una evaluación provisional de esta sombría época.

El 13 marzo 1938 se aprobó la *Bundesverfassungsgesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich (*Ley constitucional sobre la reunificación de Austria con el Reich alemán). El mismo día fue declarada ley del Reich por el Gobierno, y Austria

(70) *Loc. cit.* p. 106 y doctrina abundante.

se convirtió en el *Land Ostmark* (Marca del Este). El Derecho vigente hasta entonces en este país seguía en vigor hasta nueva orden (art. 2.º Ley 1938). Las leyes alemanas promulgadas a partir del 13 mayo se aplicaban también en Austria, salvo que expresamente se limitara su vigencia al llamado *Altreich.* En cuanto a las normas anteriores, era precisa una Ordenanza del Reich que lo estableciera. La armonización de ambos ordenamientos no figuraba, sin embargo, entre sus objetivos jurídico-políticos urgentes (71). En efecto, no pareció primordial incluir la materia del derecho civil entre las prioridades (72). Afirman los autores que los dirigentes actuaron de esta forma por estrategia "a fin de no inquietar ni perturbar a la población". Así se limitaron a promulgar leyes puntuales (en materia matrimonial, y en la sucesión de bienes agrícolas familiares a fin de reforzar al campesinado alemán). El derecho de familia se reformó al introducirse las leyes raciales de Nuremberg por ley de 20 mayo 1938, unificando la celebración civil del matrimonio y del divorcio por ley de 6 julio 1938, introduciendo el matrimonio civil y el divorcio, obligatorio para todos los ciudadanos. Los aspectos racistas están presentes en las causas de nulidad y en impedimentos para la protección de la sangre alemana. En materia de filiación, el Decreto de armonización de 6 febrero 1943 amplió la presunción de legitimidad de los hijos matrimoniales, a todos los nacidos después de celebrado el matrimonio y hasta 302 días después de la disolución. Otras reformas civiles afectaron también a Austria en materia

(71) Así en el discurso del Ministro alemán H. Frank, "a los hombres y mujeres alemanes de la villa alemana de Viena", se calificó de "idea clave del nacionalsocialismo a la doctrina racial".

(72) Los autores explican que las normas de discriminación de la población judía fueron rápidamente establecidas en Austria, y así los funcionarios públicos, jueces y abogados fueron privados de su derecho a ejercer la profesión. También eran objeto de protección, la tierra alemana como fuente indestructible del patrimonio de la nación alemana; la eliminación de la oposición entre patronos y obreros mediante la comunidad de empresa o de explotación; la construcción del *Führerstaat* unitario; la eliminación de la influencia extranjera, y especialmente de otras razas; un adoctrinamiento nacional-socialista detallado y una poderosa *Wehrmacht.*

de arrendamientos rústicos y urbanos (para perjudicar a los contratantes judíos), sucesiones, responsabilidad civil y Registro de la propiedad (73).

En 1933 se creó en la Alemania nazi la *Akademie für deutsches Recht* en la que se discutió marginalmente sobre la subsistencia y eventual reforma del ABGB, junto al magno debate que el nacional-socialismo abrió sobre el BGB y la elaboración del *Volksgesetzbuch* (VGB), que comenzó a partir de 1937 y empezó a publicarse parcialmente en 1942 con algunas reglas de base y el libro I denominado *Volkgenosse* (término que se puede traducir por *los miembros del pueblo alemán).* Ocurrió que los proyectos de los restantes libros apenas guardan relación directa con la ideología nazi sino que constituyen el reflejo de las reformas metodológicas y político-jurídicas de la primera mitad del siglo XX en la Europa occidental (74). En este punto los autores mencionan a Ernst SWOBODA considerado como uno de los juristas más influyentes de su época (75). En 1926 publica una monografía sobre la influencia de Kant en VON ZEILLER y en el ABGB; en 1932 trata sobre el Derecho privado del futuro, y en 1935 sobre la nueva configuración del Derecho civil. Nazi convencido propone que se dé preferencia al ABGB sobre el BGB en la reforma que se prepara. Los elementos constitutivos de la noción de derecho (libertad, igualdad y equidad) los interpreta siguiendo a Kant pero aceptando plenamente la doctrina nacional-socialista.

La propuesta austriaca de considerar al ABGB modelo del nuevo código nazi no parece que tuviera eco excesivo entre la mayoría de miembros germanos de la *Akademie.* Quizá por ello, en una reunión de ésta celebrada en Viena en 1942, los austriacos reivindican una mayor presencia en sus deliberaciones, resaltando que aquél, a diferencia del BGB, no se compone de un vasto concurso de parágrafos detallados, sino que consisten en unas ideas-clave que los juristas austriacos manejan con habilidad, por lo cual en

(73) Se describen con detalle en loc. cit. p. 110 s.

(74) *Loc. cit.* p. 113.

(75) Nacido en 1879 en Breslau, región de los Sudetes, que desempeñó primero funciones judiciales en Graz, y en 1933 fue nombrado Ordinario de Derecho civil en la Univ. alemana de Praga, pasando en 1939 a la Univ. de Viena de la que fue Decano entre 1943-1945, momento en que fue suspendido de sus funciones universitarias, falleciendo cinco años más tarde.

la sociedad no existe aversión a los juristas. Si había consenso en que el futuro código alemán debía ser simultáneamente didáctico y popular, el código de 1811 –concluyen– ofrecía un buen ejemplo. Pero el proyecto de VBGB se abandonó definitivamente en 1944. Carece de sentido especular si pudo servirle de modelo el ABGB, el cual –por su lado– sigue en vigor en la nueva Austria que recuperó la independencia. Pero ¿cómo se interpretó dicho código en la época nacional-socialista?

Después del acceso de Hitler al poder no se pudo encontrar una doctrina uniforme sobre el derecho privado nazi, pero sí se generalizó el propósito de acomodar la actividad jurídica al programa del partido nacional-socialista. Se discutió con ardor la metodología a utilizar en orden a la sumisión del juez a la ley, especialmente cuando ésta había sido promulgada con anterioridad. En principio se sostuvo que la política jurídica debía reservarse al *Führer* y al gobierno del Reich. En su defecto, la legislación formal constituía un instrumento de reglamentación y de poder importante. En la teoría, las posturas extremas otorgaban al juez la facultad de rehusar sin más la aplicación de la ley, mientras que las más moderadas se apoyaban en la doctrina de Heck sobre la rectificación de las leyes por el juez. En Austria las doctrinas de Swoboda permitieron reinterpretar el § 7 del ABGB con el espíritu del nacional-socialismo (76). Asímismo, mediante el hecho de colmar las lagunas jurídicas por vía de analogía o por el método teleológico, presentando como derechos inherentes al Derecho austriaco los de la doctrina nacional-socialista (77), asignando al juez el deber de integrarse al ritmo del conjunto en cuanto legislador nacional-socialista.

¿Cómo interpreta la jurisprudencia el ABGB durante la época nacional-socialista? En razón del *Anschluss* la justicia austriaca se

(76) Su doctrina, que recogen los autores (*loc. cit.* p. 116), representa un buen ejemplo de aberrante tergiversación ideológica de claros preceptos jurídicos, pues el concepto de "principios de derecho natural" (§ 7 ABGB) suponen de hecho el punto de partida de aplicación de la ley conforme a las ideas del nacional-socialismo, ya que el espíritu del pensamiento jurídico de la época se recoge en la doctrina del *Führer*, la prioridad al "crecimiento del pueblo alemán", "la pureza de la raza", la valorización del "honor germánico" y el "arraigo de los alemanes en su suelo, santificado por el trabajo de sus antepasados".

(77) *Loc. cit.* p. 117.

integró inmediatamente dentro de la organización judicial alemana, y todas las autoridades judiciales austriacas pasaron a ser autoridades del Reich. El Decreto sobre la justicia en Austria de 22 marzo 1938 dispuso que los jueces administrasen justicia "en nombre del pueblo alemán" portando el emblema nacional. En primera instancia no había apenas diferencia entre los *Bezirksgerichte* austriacos y los *Amtgerichte* alemanes, y también entre los *Landesgerichte* y los *Kreisgerichte.* Un Decreto de 9 febrero 1939 creó un Tribunal Superior en Linz (que se añadía a los de Viena, Graz e Insbruck). En Viena se centralizaron los tribunales, y a partir de 1.º mayo 1939, se agruparon el tribunal regional civil, el tribunal para menores, el de comercio y los dos penales. Por razones ideológicas hubo jurisdicciones de excepción que también se extendieron a Austria (78). El ataque más grave a la organización judicial austriaca fue la abolición del Tribunal Supremo austriaco en 1939, cuya competencias se transfirieron a la nueva sección 8.ª, creada simultáneamente en el *Reich*. Se han estudiado las resoluciones que se refieren al ABGB, y la tendencia fundamental que se constata es que los magistrados de dicha sección subrayan en términos muy claros la originalidad de aquél, como si perteneciera a una diáspora jurídica, conservando así la autonomía del código austriaco; ello se manifiesta en la negativa a aplicar en Austria el derecho alemán anterior a 1938. No obstante se citan algunas sentencias del TS que podrían indicar cierta germanización del derecho austriaco (79). Los autores de la comunicación aprueban que se detecte cierto respeto de los tribunales alemanes hacia el ABGB, pero ello no significa que, en su conjunto, la justicia civil austriaca haya permanecido impermeable a las ideas nacionalsocialistas, especialmente en materia de matrimonio y filiación(80).

Comenzando por la filiación se recuerda que la política nacionalsocialista perseguía la segregación de arios y no-arios hasta lograr la discriminación sistemática de estos últimos. En la s. de 11 octubre 1938, del TS, se trataba de un marido judío que impugnaba la

(78) A partir de 1925 el partido nacional-socialista en su programa había previsto una centralización del sistema administrativo y su división por órdenes sociales (sucesión en los bienes rurales de la familia, jurisdicciones de honor, salud hereditaria del pueblo) (*Loc. cit.* p. 118).

(79) *Loc. cit.,* p. 119 ss.

(80) *Loc. cit.,* p. 120

legitimidad del hijo dado a luz por su mujer, conversa al judaísmo, antes de transcurrir 180 días desde la celebración del matrimonio cuando el marido desconocía el embarazo. La doctrina jurisprudencial anterior del TS austriaco, se basaba en el § 138 del ABGB, que venía a establecer una presunción de ilegitimidad, que se explicaba porque la opinión pública consideraba favorable al menor la cualidad de hijo legítimo. La sentencia se basa ahora en la importancia que la filiación de la raza alemana tiene sobre la capacidad, y aunque el BGB no era aplicable al caso acude al espíritu del § 1595 a, del BGB alemán, para resolver el caso, y otorga al hijo legitimación para impugnar su filiación legítima. Por lo general, después del *Anschluss,* la jurisprudencia respetó los límites relativamente estrechos de la impugnación de legitimidad del código austriaco, así como los plazos para la legitimación activa. Los intentos de no respetar el texto legal en favor de las prioridades nazis, fueron rechazados (81).

Sin embargo los autores no ocultan que al mismo tiempo la jurisprudencia no fué insensible a la exigencia de ayudar por otras vía al progreso del "interés público en la clarificación de la filiación biológica", proveniente de la doctrina nacional-socialista. Al no encontrar ayuda en el ABGB se acudió a la Ley procesal civil (§ 228 ZPO) creando los Tribunales una *acción de filiación* hasta entonces desconocida en Austria, que tenía por objeto verificar que el menor era judío, alemán o de una raza similar; se trataba de una nueva acción de verificación del estado jurídico de una persona que se ejercitaba mediante el "Curador para la defensa de la filiación legítima", encargado de salvaguardar el interés común en la investigación de la verdad material. El ejercicio de estas acciones pudieron originar resultados contradictorios con los deducidos del régimen ordinario. Pero el Tribunal del Reich estableció la doctrina de que a consecuencia de haber variado la concepción de la vida por el nacional-socialismo, la función que desempeñaba la filiación biológica adquirió mayor importancia, a saber, determinar la pertenencia a una raza. Por ello se había creado esta nueva acción que carecía de consecuencias en las relaciones familiares. Sin embargo, la legitimación activa se re-

(81) *Loc. cit.* p. 122, con jurisprudencia de los Tribunales Regionales Superiores de Viena y Linz. El Tribunal del Reich rechazó también la posibilidad de rechazar la entrada en vigor del plazo trimestral para que el marido pudiera impugnar la legitimidad del hijo.

gía por el § 158 ABGB (personas autorizadas a impugnar la filiación legítima) . Cuestiones similares se plantearon respecto de la verificación de la filiación legítima , aceptándose una acción del estatuto racial para impugnar la validez de la legitimación. Pero el actor tenía que justificar un interés jurídico concreto, es decir "cuando el padre no tenía sangre ajena a la aria". En buena parte la verificación de la filiación descansaba en el análisis de los grupos sanguíneos y en la prueba heredo-biológica (82). Mediante aquellos el TS austriaco aceptó sin dificultad la eliminación de la paternidad, pero en cuanto a la segunda prueba sólo aceptó sus resultados cuando confirmaba los aportados por otras pruebas. Cuando las diferencias raciales resultaban evidentes se consideró necesaria la prueba heredo-biológica. En esta materia en el *Altreich* existía la obligación de las partes de permitir la prueba de los grupos sanguíneos. En Austria no se aplicó dicha regla, pero resultaba de cumplimiento obligatorio cuando el sujeto afectado residía en Alemania.

La jurisprudencia en relación con los matrimonios mixtos (*Mischehe* y *Rassenmischehe*), requiere una breve explicación sobre la compleja normativa civil vigente en el ABGB antes del *Anschluss* y de la promulgación de la Ley de 6 julio 1939 (*EheG*) (83). El Derecho austriaco, influido por el Derecho canónico reconocía escasos supuestos de divorcio vincular. Según el § 62 del ABGB la existencia de un vínculo matrimonial se consideraba impedimento absoluto para celebrar otra unión, y tratándose de matrimonios entre católicos, según el § 111 sólo la muerte de un cónyuge podía disolver el vínculo matrimonial. La separación de bienes y de personas, lo mismo entre católicos y no católicos, sólo implicaba la suspensión de la vida conyugal impidiendo un nuevo matrimonio. Para los no católicos, el § 115 ABGB enumeraba causas estrictas de divorcio vincular, siendo obligada la intervención en el proceso del *Defensor del vínculo.* A partir de 1919 se introdujeron los llamados *Matrimonios de dispensa* (*Dispensehe o Severehe*) a través de una vía administrativa con apoyo en el § 83, a menos que se anularan de oficio. Ello originó una fragmentación del Derecho matrimonial austriaco pues no todos los funcionarios que la aplicaban mantenían el mismo

(82) *Loc. cit.* p. 124.
(83) *Loc. cit.* p. 125.

criterio, faltando así homogeneidad a la jurisprudencia (84). Sobre todo después del *Anschluss* hubo frecuentes procesos matrimoniales que demandaban una separación-divorcio con base en el § 115 ABGB, relativos a matrimonios mixtos en los que un cónyuge era de raza aria y otro judío practicante, y que, por lo general, obtenían éxito en las instancias inferiores, ratificado luego ante el Tribunal superior. Puede leerse en la s. de 15 junio 1938 del Tribunal regional de Viena que la relación conyugal jamás fue armónica entre los cónyuges, al pertenecer a razas diferentes, sosteniendo opiniones muy distintas sobre la vida y la cuestión religiosa. El matrimonio se celebró cuando las leyes raciales eran menospreciadas, lo que obliga imperiosamente a reconocer que el matrimonio nunca fue feliz pese a gozar de condiciones económicas desahogadas, procediendo en consecuencia el divorcio.

Después de la entrada en vigor de la *EheG,* el 8 julio 1938, las diferencias de raza no constituye causa de divorcio, pero mediante una interpretación extensiva de la disolución por causa de error sobre las circunstancias del otro cónyuge, permitió disolver los matrimonios mixtos. En un caso en que el matrimonio duraba 23 años, el Tribunal del Reich entendió que sólo al promulgarse aquella ley la mujer aria había caído en la cuenta de su error al casarse con un judío, y ello a efectos del inicio del plazo de prescripción.

Finalizan su comunicación aludiendo a jurisprudencia recaída a propósito de la confiscación de bienes y empresas a judíos , normas sucesorias y arrendamientos rústicos (85).

La matizada conclusión de los autores de esta comunicación relativa a temas –por lo demás, poco conocidos por los juristas españoles– es la siguiente: El periodo nacional-socialista ha dejado huellas en el Derecho civil austriaco, mediante la supervivencia de partes importantes de la Ley matrimonial de 1938. No se consumó la redacción del VGB que hubiera reemplazado al ABGB. Es notable que los juristas austriacos próximos a la ideología nacional-socialista, trataron de promover *avec un dévouement presque patriotique*, la conservación del ABGB, esforzándose por convencer a sus colegas alemanes sobre las ventajas de la codificación civil austriaca. En

(84) Con abundante información bibliográfica, *loc. cit.* p. 125 s. y notas 119 y 120.

(85) *Loc. cit.,* p. 128-131.

cuanto a la interpretación de dicho código, reconocen los autores que los §§ 6 y 7 del mismo sirvieron de base teórica para la adaptación del Derecho civil a la ideología nazi, si bien admiten cierta prudencia respecto a una reinterpretación radical del ABGB exigida por los juristas nacional-socialistas. Aunque permaneció fiel al texto literal de la ley, no dejó de utilizar los márgenes exegéticos que le concedía para realizar los objetivos políticos-jurídicos del nacional-socialismo, especialmente en materia matrimonial y de filiación. Es posible afirmar que el verdadero fanatismo nazi sólo se refleja raramente en la jurisprudencia civil. La mayoría de sentencias pueden considerarse asuntos civiles *normales.* Pero es una normalidad ilusoria si se piensa en las circunstancias del régimen totalitario, en la *Shoah* y en la guerra (86).

8. LAS REFORMAS DEL ABGB

El tema se desarrolla por el Ministro de Justicia austriaco (87) lo que obviamente justificaba su intervención en el Congreso. Pero éste se desarrolló en 2011, lo que relativiza su importancia ya que las reformas eventualmente anunciadas han podido convertirse en normas positivas al tiempo de la publicación (2015). Eventualidad, al parecer, puramente teórica. De hecho se advierte en la misma que, aparte su brevedad, la misma se ha planteado en términos casi filosóficos y ampliamente generales (88).

Comienza afirmando que en Austria la idea de reformar el Código civil no está verdaderamente en boga, en contraste con el rápido cambio de circunstancias políticas, económicas y sociales. Se diría que por reacción en contra, se desea que todo siga igual, que nada debe cambiar para evitar que algo se pierda con las innovaciones. En semejante clima de opinión para hablar de reformas hay que tener muy buenas razones, una amplia discusión y grandes esfuerzos para convencer. De nada sirve que el poder dicte cambios que pue-

(86) *Loc. cit.* p. 131-132.

(87) George KATHREIN, *Des réformes del ABGB,* p. 133-137.

(88) Sólo concretó, en particular, la reforma de la sociedad civil (una materia de calificó de *matière plutôt exotique*) que, al parecer, se encuentra en estadios primerizos (*loc. cit.* p. 135).

den realizarse rápidamente. El arte de la política consiste en prepararlos, promoverlos y, finalmente, convencer de su necesidad, lo que lleva su tiempo. Hay que evitar a toda costa imponer reformas que no lleguen a imponerse en la práctica. Regla aplicable no solo a los estados sino también a la UE cuando la Comisión se esfuerza por aplicar extensivamente el *acquis* existente en materia contractual.

Respecto a la reforma del ABGB hay que preguntarse: ¿Qué ventajas supondría?¿Por qué sería beneficiosa? ¿Qué sentido tiene transformar "un monumento de la civilización austriaca? ¿Por qué y cómo iniciar la transformación de "una obra de arte total"? (89). Al llegar el bicentenario el Ministerio de Justicia se ha sentido bien acompañado históricamente en su actitud de reserva pues más de la mitad (90) de los 1502 preceptos originarios permanecen todavía en vigor. Antes de cumplirse el bicentenario el Ministro Federal de Justicia de Austria estaba convencido de *laisser en paix le coeur de l'ABGB*, pero surgieron incertidumbres y dudas al comprobar el movimiento europeo de reforma (Código holandés, la Ley alemana sobre la reforma de obligaciones o las modificaciones en Europa central). Por ello en 2003 y 2007 se organizaron conferencias en el curso de las cuales la necesidad de una reforma se ha discutido en colaboración con el Instituto de Derecho Civil de la Universidad de Viena. El Ministro describe la sorpresa ante el amplio consenso manifestado por la ciencia jurídica civil austriaca respecto de una gran necesidad de reforma del Derecho privado en general y del ABGB, en particular, pues el código debe adaptarse a las condiciones y relaciones modernas así como a los desarrollos europeos. En todo caso, la mayoría de opiniones se expresó en favor de modificaciones puntuales, es decir, parciales, y no de alcance total como el modelo

(89) A título de ejemplo pone los siguientes ejemplos de normas vigentes cuyo cambio se cuestiona:

— El §16 que describe de manera concisa y clara la protección de derecho civil de la personalidad al disponer que toda persona tiene derechos innatos que la razón hace evidentes;

— El § 285 que bajo el concepto de cosa comprende todo aquello que es diferente de una persona;

— El § 891 que prevé la responsabilidad solidaria al disponer que varias personas responden una por todas y todas por una.

(90) Algunos elevan este porcentaje hasta los dos tercios de parágrafos.

holandés. Expuesto el aspecto científico se ha puesto en marcha el aparato político, que el Ministro diferencia en orden al método y a sus aspectos principales.

Las abundantes modificaciones que surgieron en aquellas conferencias sólo pueden hacerse por etapas, utilizando medios que, incluso, sobrepasan al Ministerio de Justicia. Es aconsejable comprometer una discusión de cada uno de los proyectos particulares. Debe seguirse el método que se utiliza actualmente en la preparación de leyes. Para reformar el ABGB habrá que organizar grupos de trabajo que discutan las directivas proporcionadas por el Ministerio, constituidas por el esbozo de una estructura, y eventualmente, proyectos previos que pueden haber sido elaborados por aquél o por miembros seleccionados por el grupo de trabajo, o, incluso, por instituciones exteriores. Estos grupos de trabajo es aconsejable que trabajen escalonada y no paralelamente, en función de los medios humanos disponibles. El proyecto se prevé realizarlo a largo término, incluso durante decenios, y debe evitarse a toda costa que sufra presiones por parte de los partidos políticos.

El Ministro insiste (91) en que el ABGB no debe perder su carácter propio, continuando siendo legible para cualquier ciudadano, sus expresiones deben centrarse en lo esencial, eliminando expresiones anticuadas. El legislador no debe convertir el código en un manual. La aceptación no se refiere sólo a los juristas científicos sino también a los prácticos. El Código debe estar abierto a los futuros desarrollos jurídicos, económicos y sociales. Nada debe alterarse de lo relativo a la autonomía privada, ni al "espíritu liberal" del derecho privado austriaco, aunque se trate de reforzar la "compatibilidad social" del derecho privado. Asímismo, nada debe modificarse del primado de su desarrollo por los jueces. Concluye que *le code autrichien devrait rester "autrichien".*

En relación con los puntos principales de la reforma que se exponen sucintamente, vienen a coincidir con las materias que se desarrollan a lo largo de la obra.

(91) *Loc. cit.* p. 136.

9. LA PUBLICIDAD DE LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIAS

Se trata de un estudio comparado fundamentalmente franco-austriaco –aunque no falten otras referencias europeas y americanas–, sobre materia recientemente modificada en Francia por una Ordenanza de 2006 que agregó el libro IV al *Code* (92). El punto de partida de la comunicación ha sido la ponencia de un grupo de trabajo del Instituto austriaco Ludwig Boltzmann presidido por el Prof. M. SCHAUER creado en 2003, partidario de sustituir la exigencia tradicional de desposesión por un sistema de publicidad centralizado basado en un registro, dejando al deudor el pleno goce de sus bienes al tiempo que permite a los acreedores informarse sobre el estado de afectación a la garantía de diversos activos . El autor estima conveniente un estudio comparativo con el sistema francés, que era similar al austriaco desde el origen, si bien ha conocido un cambio importante realizado en 2006 por la Comisión Grimaldi , concretado en la Ordenanza de 23 marzo 2006, la cual ha extraído del libro III la materia de las garantías personales y reales, dedicándolas un nuevo libro, caracterizada en este punto por haber relativizado el principio de la desposesión en materia de garantías mobiliarias,y, sobre todo, por haber acentuado la técnica de la publicidad

Remontándose al Derecho romano destaca su posición liberal y flexible al conocer variedad de fórmulas, centrándose entre el *pignus* y la *fiducia cum creditore* (transferencia de la propiedad a título de garantía sin acompañarse necesariamente de la desposesión). Este pluralismo tenía un efecto económico favorable pues la dación en garantía no implicaba necesariamente privar de la posesión al constituyente. El autor ve en el Derecho alemán un principio restrictivo en materia de garantías reales. Así en materia mobiliaria imponía la prenda con desposesión efectiva y real, mientras respecto de inmuebles exige la inscripción en el registro, como el § 451 ABGB. Pero las necesidades de la reconstrucción económica empujaron a la jurisprudencia alemana a una considerable liberalización en materia mobiliaria admitiendo la eficacia de garantías ocultas sin desposesión, de suerte que para finalizar la financiación de las empresas se ha seguido una política de *favor juridique.* En consecuencia, la

(92) Louis D'AVOURT, *Exercice de dogmatique juridique, franco-autrichien et plus généralement européene, loc. cit.* p.139-151.

garantía de los créditos se espera obtener del conjunto de su patrimonio y no de la apariencia de solvencia de los activos de la empresa deudora (93). En segundo lugar se fija en el Derecho comercial uniforme norteamericano que permite al deudor que constituye una garantía, un mecanismo transversal y personal de publicidad *ad hoc* de las garantías mobiliarias concertadas. Sistema que también está en la base de otros sistemas nacionales e internacionales (94).

El sistema austriaco tradicional aparece recogido en el § 451 ABGB: "Para adquirir efectivamente el derecho de prenda, el acreedor provisto de título debe tomar la cosa pignorada bajo su custodia, si es mueble; de ser inmueble, debe hacer inscribir su crédito del modo previsto para la adquisición de la propiedad de los mismos bienes. El título exclusivamente sólo concede un derecho de crédito sobre la cosa, y no un derecho real". Este principio jurídico se recuerda en el § 1368 que distingue entre el derecho real de prenda constituido mediante la entrega de la cosa (*Pfandvertrag*), de la promesa de prenda que es sólo contrato personal (*Pfandbestellungsvertrag*). Esta desposesión en el derecho austriaco vigente debe ser real y efectiva, puede realizarse depositándola en poder del acreedor o por acuerdo en el de un tercero, a quien se le constituye guardián de la cosa en interés del acreedor. De modo paralelo el primitivo art. 2076 del *Code* disponía que "Dans les cas, le privilegie ne subsiste sur le Gage qu'autant que ce gage a été mis est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties". Fieles a la tradición romanista, estos textos se interpretaban como requisitos de formación y eficacia de la prenda, y no sólo de publicidad. Opina el autor que aquí aparece la mejor justificación de esta publicidad ancestral que se propone la protección del deudor constituyente de la prenda. Detrás de la publicidad, hay un formalismo que hace más difícil la constitución válida de la prenda, justificado por la gravedad del acto en cuestión. La pignoración equivalía a la enajenación, y el propietario de la cosa debía ser consciente de que su separación de la cosa podía ser definitiva. A juicio del autor tal formalismo carece hoy de justificación (95); todos los constituyentes de garantías no son igualmente dignos de protección. No es igual el empresario

(93) *Loc. cit.* p. 140 s. con bibliografía específica.
(94) *Loc. cit.* p. 141. nota 6.
(95) *Loc. cit.* p. 143.

consciente de ello, para quien el acto es algo habitual y corriente, que el particular que acaso precise de una protección específica; a este último no se le protege suficientemente con un formulismo de orden real, sino más bien personal expresando por escrito su consentimiento. Luego analiza otras justificaciones igualmente rechazables a su juicio (96).

Probablemente la parte más sugestiva de esta comunicación radica en poner de relieve las nuevas dificultades ligadas a los nuevos registros establecidos en Francia (97). La opción por el registro de las garantías mobiliarias coincide en ambos países. La Comisión austriaca creada en 2003 se ha pronunciado por la creación de un registro general de publicidad de garantías, existente en el lugar de establecimiento del deudor constituyente; registro concebido para ser informatizado, libremente accesible a los terceros y de costo reducido. La ponencia Schauer de 2006, cuyas conclusiones se han debatido con una Comisión ministerial, prevé igualmente la instauración de un mecanismo de publicidad aplicable a todas las garantías mobiliarias con desposesión. En Francia la Ordenanza creadora del libro IV del Código Napoleón, se ha completado por el Decreto de 23 diciembre 2006 que ha creado un Registro específico de garantías mobiliarias. Se confía al Secretario (*greffier*) del Tribunal de Comercio, se basa en un criterio personal (sede o domicilio del constituyente) sea cualquiera la situación efectiva de los bienes. Puede recaer sobre bienes muebles determinados o sobre un conjunto de

(96) Cabe resumir las siguientes:

— un argumento de *publicidad negativa* (la solvencia del deudor era patente en la abundante y visible provisión de mercancías y el funcionamiento de la caja), que podía ser válido en una economía artesana, industrial y de pequeños establecimientos, pero que ha desaparecido en una economía inmaterial e invisible, basada en el endeudamiento;

— parece superada igualmente la idea de que una desposesión real y efectiva permitiría destacar los derechos de prenda constituidos (la especialidad de la prenda es un principio en declive en el derecho comparado);

— se está divulgando una idea parcialmente válida, según la cual el acreedor que retiene la cosa pignorada resulta también beneficiado pues evita que la cosa desaparezca fraudulentamente, pues en caso de ejecución concursal es la única garantía de ser pagada con preferencia a otros privilegiados. En derecho francés sólo es cierto respecto de la desposesión facultativa, no de la imperativa. (*Loc. cit.* p. 143 s.).

(97) *Loc. cit.* p. 144-147.

ellos. Adquiere rango en la fecha de su inscripción. Hay un registro nacional electrónico que centraliza las informaciones y es accesible gratuitamente a terceros. Este sistema, a partir del nombre de la persona física o moral, o de su número de inmatriculación profesional permite localizar, bien por bien, cualquier garantía real mobiliaria anteriormente constituida.

En Austria se ha debatido la protección jurídica de los bienes personales informatizados. Se ha sugerido que no sea de acceso público sin acuerdo del deudor. Por otra parte la privacidad de un particular no es idéntica a la de un empresario, sometido a cierta transparencia contable y, con mayor razón si se trata de una persona jurídica. Pero hay otra clase de problemas técnicos: de seguridad y coste del procedimiento, así como de multiplicación del número de registros y de su eventual coordinación entre sí. La Convención Unidroit de 2001, ratificada por ambos países ha ampliado los casos de obligación de registrar. El autor se pregunta: ¿Cómo mantener vigente, entre tantos registros especiales que funcionan sobre base real, un registro transversal que lo hace sobre base personal? ¿No hay riesgo de superposición, y cómo coordinarlos en tal supuesto? ¿Cómo actuar cuando se dan casos de preferencias ocultas? Cabe responder, reconoce el autor (98), que la tecnología permite sin duda interconectar los diversos registros y duplicar las inscripciones. Pero entonces se produce una complicación que sólo se justifica si los efectos de tal sistema de registro son exhaustivos y seguros, hasta el punto de que se logre una información efectiva para los terceros y una protección óptima de todos los intereses concernidos, lo que todavía resulta dudoso incluso en el sistema norteamericano. En el sistema francés, que ha instaurado un sistema polivalente de garantías mobiliarias pero que ha mantenido una diversidad de formas de garantía, se muestra también al dispensar de registro la venta con reserva de propiedad o las transferencias fiduciarias de la misma. En tales supuestos ¿qué ventaja tiene inscribir su derecho preferente sobre ciertos bienes de la empresa si pueden existir otros acreedores que gozan de una preferencia oculta? A la vista de esta concurrencia posible las preferencias inscribibles pierden su atractivo. La discusión se extiende a los posibles efectos de la publicidad.

(98) *Loc. cit.* p. 146.

La publicidad puede proteger los intereses del público en general, entonces se basa en el objeto del derecho por lo que puede calificarse de *publicidad real u objetiva.* Pero también puede limitarse a una categoría más restringida de competidores, y en materia de garantías puede limitarse al deudor y a sus acreedores (*publicidad personal o subjetiva*). Además cabe imaginarse que pueda prestarse por mecanismos diversos del registro. Pone ejemplos de funcionamiento de la publicidad real en materia de garantías mobiliarias en ambos ordenamientos, llegando a la conclusión de que los intereses protegidos son, en realidad, muy limitados pues aquélla sólo afecta a los acreedores del deudor teniendo en cuenta la clasificación de sus derechos concurrentes, por lo cual debe buscarse otros modos de solución de conflictos distintos de la inscripción en un registro administrativo.

A juicio del autor (99) es posible concebir otro modo de organizar la publicidad de la preferencia de cobro de los acreedores, mediante el propio deudor en quien se confía organizar la lista de los acreedores privilegiados, mediante contrato escrito y fechado, de modo que tendría eficacia mediante la inscripción en el registro llevado por él mismo. La jurisprudencia austriaca practica puntualmente este sistema en cuanto a la prenda de créditos constituidos por los banqueros en sus libros de cuentas. En Europa y especialmente en Francia, las grandes empresas están sujetas a la llevanza de una detallada y periódica contabilidad , ocasionalmente revisados por controladores oficiales.

No es algo extravagante pensar que esta documentación, conservada por los mismos que han establecido las garantías, puedan también establecer, de manera económica, económica y fiable, centralizando todas las preferencias de cobro, a disposición del público, clasificándolas al menor costo.

Esta publicidad subjetiva, informal y descentralizada, está interesada en que el Derecho común de garantías se compatibilice con ciertas reglas de derecho especial que imponen la eficacia de garantías sin inscripción. Como ocurre ya en Francia respecto de la prenda de créditos, civiles o profesionales, en Alemania, Holanda (prenda silenciosa), y la Directiva europea de 2002 que ha logrado un éxito creciente.

(99) *Loc. cit.* p. 149 s.

Concluye aconsejando meros retoques a los §§ 451 y 452 ABGB sin necesidad de instaurar un sistema diferente de publicidad.

Afirma, finalmente, que: "Es legítimo defender que las garantías reales, campo de batalla entre acreedores concurrentes en razón a la preferencia de cobro, deben ser públicas y accesibles a los interesados. Pero no es necesario deducir de ello que para ser públicas deben estar necesariamente inscritas en un Registro estatal o sometidas a cualquier otra forma de burocracia central del mismo tipo. Cabe asegurar que se da cierta transparencia en términos privados, cuando se tiene en cuenta la confianza y el control mutuos de acreedores y deudores". (100)

10. LA INTERPRETACIÓN CONTEMPORÁNEA DEL ABGB Y LOS PROYECTOS DE REFORMA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Comienza el autor reconociendo paradójicamente, –no sin buena dosis de humildad–, que la atención que recibe en Francia el Derecho austriaco parece desgraciadamente ser inversamente proporcional a su riqueza y a su interés. Se limitará a levantar un extremo del velo que recae sobre este ordenamiento injustamente desconocido, completando así la comunicación presentada en este volumen por su colega el prof. Olivier Descamps, exponiendo la interpretación contemporánea del ABGB y los proyecto de reforma austriacos en materia de responsabilidad delictual (101). A su juicio, Austria se encuentra en vísperas del mayor cambio legislativo ocurrido desde 1916. El tema tiene el atractivo de que en este punto las diferencias entre ambos ordenamientos son mayores que en ningún otro, y así el estudio del derecho austriaco puede permitir al jurista francés hacer un alto en el camino para comprender su excesivo particularismo en la materia. Con todo, las diferencias por efectivas que sean, se despliegan sobre un fondo común representado por sus raíces históricas, en parte comunes, por sus culturas que han man-

(100) *Loc. cit.* p. 151.

(101) Jean-Sébastien Borghetti, *L'interprétation contemporaine de l'ABGB et les projets de réforme en matière de responsabilité civile, loc. cit.* p. 153-165.

tenido relaciones estrechas, y por contextos sociales y económicos relativamente cercanos. Si en no pocos aspectos, las cuestiones y desafíos planteados en el derecho de la responsabilidad civil son los mismos en Francia y Austria ¿Cuales son y debieran ser sus funciones? ¿Qué relación establecer entre reparación y prevención, entre el derecho de la responsabilidad y el de la indemnización social? ¿Cómo afrontar el tema de las nuevas tecnologías y los nuevos riesgos? etc. También en aspectos más técnicos: ¿Cómo resolver los problemas de causalidad que plantean los medicamentos? ¿Deben admitirse las acciones relativas a la vida y al nacimiento? ¿Cómo indemnizar el daño moral y especialmente el de las personas jurídicas? etc. Las respectivas evoluciones en este campo son similares, especialmente la tendencia a la descodificación y a una excesiva *jurisprudencialización.* En ambos países se han promulgado leyes especiales de responsabilidad civil fuera del código (de accidentes ferroviarios y de circulación, de productos defectuosos, etc.); en ambos, aunque la simple lectura del ABGB ofrece una visión muy imperfecta, cuando no francamente errónea del concepto y funcionamiento de la responsabilidad civil; en ambos, la interpretación de los tribunales ha transformado totalmente la materia.

Pero no deben olvidarse las divergencias, no sólo en la técnica sino sobre todo en el espíritu que inspira la regulación. Simplificando podría decirse que los juristas franceses tienden a considerarla sólo desde el punto de vista de la *víctima,* mientras que los austriacos , los alemanes y otros europeos, resultan ser más sensibles al necesario *equilibrio* entre los intereses de las víctimas y los de los potenciales responsables, así como a la incidencia de esta materia en la libertad de acción de los sujetos y sobre el funcionamiento de la economía.

Después de Unger nada más injusto sería presentar a los juristas austriacos en general como meros epígonos de sus fraternos colegas alemanes, pues nunca han sido meros seguidores suyos. La adopción de su sistemática no ha impedido, sobre todo en materia de responsabilidad civil, tratar de atemperar su rigidez. Así la tercera *Teilnovelle* de 1916 ha modificado la parte del ABGB dedicada a la responsabilidad civil en un sentido pandectista. Aunque se trata de una cuestión difícil de comprender por un jurista francés contemporáneo, la reforma otorga gran importancia a la noción de ilicitud (*Rechtswidrigskeit*). El *Code civil* guarda absoluto silencio

sobre la exigencia de este requisito –presente, sin embargo, en el *jus commune*–, y hoy los juristas galos la desconocen o la incluyen en el concepto de *faute*. No se menciona expresamente en el §1295 ABGB, pero el § 1294 ofrece cierta base a la distinción entre culpa e ilicitud (102). La culpa por omisión, que en derecho francés no se distingue de la culpa por acción, aparecen diferenciadas en el último parágrafo, aunque la doctrina austriaca inicialmente las equiparó, sin embargo, y por influjo de la doctrina alemana se han diferenciado por la doctrina y jurisprudencia austriaca (103). También difieren los daños reparables, pues mientras el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y a los derechos de propiedad corporal o incorporales, son siempre indemnizables en el ABGB, los derechos inmateriales, el honor y los intereses puramente patrimoniales sólo son protegidos en casos particulares. Esta jerarquía se establece, a juicio del autor, para no limitar excesivamente la libertad de acción del sujeto y para mantener la obligación de indemnizar dentro de límites razonables (104). Sostiene, en síntesis, el autor (105) que el Derecho austriaco, a partir de 1916, se ha inspirado mucho en el Derecho alemán, inclinándose a importar su sistemática y mecanismos, pese a que estos últimos no resultaban compatibles con la arquitectura conceptual del ABGB. Sin embargo, el derecho de la responsabilidad civil no resulta ser un mero calco del alemán. Y ello por causas diversas.

En el ABGB se encuentra un sentido del matiz y una voluntad de gradación que, no obstante las reformas aportadas y el modo que han usado los juristas austriacos para incorporar el derecho alemán,

(102) Dice literalmente: "El daño se origina sea de un comportamiento o de una omisión *ilícitas* ajenas (...).

(103) La culpa por omisión es más restrictiva que la culpa por acción: Loc. cit. p. 157. Apunta el autor que resulta sorprendente que la doctrina y jurisprudencia francesas se muestren casi indiferentes a esta problemática derivada de la libertad de acción de los sujetos de derechos, pues aquélla recae sobre la violación de un deber positivo de obrar, constriñendo más la libertad de hacer que la mera violación de un deber de abstenerse.

(104) *Loc. cit.* p. 158. Añade otras cuestiones menos dogmáticas –aunque no menos importantes desde el punto de vista práctico– como facilitar el ejercicio de una responsabilidad contractual por las ventajas que encuentran pese a que también puede aplicarse al caso la delictual (situaciones que califica de *para-contractuales*).

(105) *Loc. cit.* p. 159.

el resultado ha sido que existen en aquél tales rasgos de singularidad que no han podido ser borrados. Así, ante todo, existe en el código austriaco el mencionado sentido del matiz y de la gradación de las responsabilidades, más sensibles que en el BGB, y que se han conservado hasta hoy (cfr. §§ 1323 y 1324). Dicho matiz se manifiesta en la apreciación de la culpa, que se hace *in concreto* y no *in abstracto*, tal como ocurre en Alemania y en la mayoría de países europeos; una distinción acaso superada que, no obstante, configura de modo particular el derecho austriaco. Esta finura interpretativa se manifiesta también en la jurisprudencia de los Tribunales Supremos (*Oberster Gerichthof,* austriaco y *Bundesgerichtshof*, alemán) a propósito de responsabilidad por riesgo que el primero aplica por analogía tomada de leyes especiales al régimen general, mientras lo deniega el segundo.

Características que el autor encuentra tanto en el Proyecto Koziol (2005), como en el Proyecto alternativo Reischauer (2008), sobre responsabilidad civil, por cierto escasamente conocidos entre nosotros (106). El primero ha sido elaborado por una Comisión bajo la égida del Ministerio Federal de Justicia, presidida por el Prof. Helmut Koziol en el que participaba también el presidente del TS austriaco y un profesor emérito. Una vez publicado ha suscitado numerosas reacciones de los juristas austriacos, a veces muy vivas y críticas, que han obligado al Grupo de trabajo a una revisión más bien ligera del texto. Otro grupo de juristas ha redactado un *contra-proyecto* (107) denominado *alternative Entwurf* (proyecto alternativo) con la dirección de los profesores Reischauer, Spielbüchler y Welser, conocido como Proyecto Reichsauer al publicarse en 2008. Se ha producido una situación de incertidumbre y dudas sobre el futuro de la reforma, y el Ministerio ha optado por preparar un tercer proyecto presentado a la Magistratura a finales de 2011, pero no publicado al tiempo del Congreso, y por tanto hasta entonces innominado. El autor considera interesante presentar aquí los dos primeros.

El Proyecto Koziol se ha querido presentar por sus oponentes como peligrosamente innovador e, incluso, revolucionario. Visto desde Francia no parece serlo en realidad, pues se inscribe en la volun-

(106) *Loc. cit.* p. 160-164.

(107) No se aclara si de acuerdo con el Ministerio, aunque parece que actuaron por su cuenta.

tad de confirmación y consolidación del derecho existente. Estructuralmente se basa ampliamente en la sección vigente del ABGB; por su contenido, la continuidad es igualmente manifiesta. Requiere la ilicitud, se basa en la distinción de los intereses protegidos y procura poner límites a la responsabilidad civil. Persigue, más bien, completar los elementos de la sistemática alemana que no se tuvieron en cuenta en 1916. Elimina la cláusula general del § 1295, introduce expresamente la noción de intereses protegidos y de causalidad adecuada. Prevé codificar las disposiciones especiales de accidentes de circulación y daños por los productos. Mantiene la culpa *in concreto*, y sorprendentemente no rompe definitivamente con la culpa *in eligendo.*

Sin embargo no se trata a modo de una "codificación de derecho jurisprudencial constante" –según la terminología gala–, pues contiene innovaciones. El proyecto Koziol se inspira en el llamado *sistema móvil*, desarrollado por Wilburg, desconocido en Francia (108). La admisión con carácter general de la responsabilidad por riesgo –también criticada– tenía el apoyo de un proyecto suizo publicado en 2000, aunque ha sido retirado por el Consejo federal en 2009. Finalmente, crea un régimen especial para los daños al medio ambiente, y regula con precisión los supuestos de causalidad compleja.

El proyecto Reischauer aparece en principio como más conservador que el proyecto Koziol en cuanto sigue puntualmente el derecho positivo que modifica sólo en algunos §§, dado que se configura más bien como *boîte à outils*, de suerte que las modificaciones propuestas se pretende que sean independientes entre sí. El proyecto no aspira a ser utilizado en bloque sino que el legislador puede utilizarlo parcialmente. Se opone a generalizar la responsabilidad por riesgo

(108) Así cuando dispone que el daño consiste en una afección a un interés protegido, añade que entonces la protección depende de su rango y de su valor, de su aptitud para delimitarlo, así como del interés de un tercero al libre desarrollo de sus actividades y del ejercicio de sus derechos, y también de los intereses de la colectividad. Es decir, en vez de ofrecer una lista cerrada y definitiva de intereses protegidos, se limitan a fijar los criterios para que el juez los pueda tener en cuenta (*loc. cit.* p. 162).

y a integrar en el ABGB algunas leyes especiales. Evita cuidadosamente toda referencia al sistema móvil. Pretende, por último, introducir una responsabilidad de pleno derecho del comitente, según el principio *respondeat superior* (*Gehilfenhaftung).*

El autor alude y compara los recientes proyectos de reforma Catala y Terré, que también incluían normas sobre responsabilidad civil, aunque ambos han sido rechazados. A su juicio el proyecto Reischauer y el proyecto Catala son opuestos, uno muy restrictivo en la delimitación de la responsabilidad, y otro, por el contrario, muy liberal. Los proyectos Koziol y Terré se encuentran más cercanos entre si, intentando, en cierta manera, contrabalancear la pendiente normal de su sistema jurídico. No son idénticos, pero su adopción conduciría a un acercamientos de los sistemas austriaco y francés, mientras que la adopción de los proyectos Reischauer y Catala aumentaría la distancia que separa a ambos derechos.

Sobre la influencia del Derecho comparado en el tema aquí debatido, el autor dice que no puede afirmarse con certeza, dados los personalismos que muchas veces reaparecen y logran intervenir en el debate. Llama, sin embargo, la atención sobre el papel jugado por Koziol en la redacción de los *Principes de droit europèen de la responsabilité civil,* que califica como *une sorte du projet doctrinal d'unification du droit de la responsabilité civil en Europe* (109). Concluye que el derecho comparado acerca, o más exactamente que la apertura hacia los derechos extranjeros es un factor de aproximación de los derechos nacionales. En Europa es también ocasión de vuelta al *jus commune* que los europeos han compartido durante muchos siglos.

(109) *Loc. cit.* p. 165. En cambio, califica de germano-austriaco al proyecto Reischauer. Respecto a Francia, estima que el proyecto Terré *a clairement était irrigué par le droit comparé.* Por el contrario dice que este último *est beaucoup plus franco-français dans sa conception.*

10. VOCACIÓN EUROPEA DEL CÓDIGO CIVIL AUSTRIACO (110)

En el capítulo final se ha otorgado redactar la conclusión a la parte más débil de la comparación realizada a lo largo del Congreso y del volumen, para que pueda decir la última palabra, que resulta justificadamente dolorida del trato dispensado últimamente por Europa a Austria , y, en particular, por los países que gobiernan en Bruselas. Capítulo de quejas bien documentado pues la efeméride ha suscitado interés y preocupación entre los juristas universitarios y profesionales austriacos (111), y también acertadamente redactado –no sin adecuada dosis de modestia– como punto de partida para un futuro, más que nunca incierto. Trataré de ilustrar las conclusiones finales.

En origen, el ABGB fue una obra de arte, *capo-lavoro* o *chef d'oeuvre,* excepcional y que por mucho tiempo pudo calificarse de un verdadero código europeo (112). Pero fue suplantado, primero por el *Code civil* francés y luego por el BGB alemán, a pesar de ejercer cierta influencia menor en la recepción y en el desarrollo del derecho comparado. Pérdida de influencia considerablemente agravada cuando la teoría pandectista vino a superponerse sobre la codificación de derecho natural (113).

En pleno siglo XX se reconoce asímismo que la influencia efectiva del ABGB sobre la emergencia de un verdadero Derecho privado europeo, ya sea sobre directivas, reglamentos o *Restatements* universitarios y leyes-modelo, hasta ahora ha sido relativamente modesta.

---

(110) Christiane WENDEHORST, *De la vocation européenne du Code civil autrichien*, *op. cit.* p. 167-174.

(111) Es fundamental la consulta de las obras colectivas: *Festschrift 200 Jahre ABGB,* I, Wien-Manz, 2011; y *200 Jahre Algemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) und Europäisches Vertragsrecht*, Wien-Manz, 2012.

(112) Cfr. la sucesiva ampliación de vigencia por países y territorios de centro y este de Europa (*loc. cit.* p. 167).

(113) En anteriores ponencias o comunicaciones se analizan con detalle los hechos resumidos en el texto, y también en p. 168 s. Un motivo de descrédito para el ABGB se debió a que la doctrina austriaca se exponía según el modelo pandectista mientras que el código seguía, modificado, el romano. El autor reconoce otros motivos secundarios, como el retraso austriaco en reformas preceptos caídos en desuso, o en el desplazamiento hacia leyes especiales de materias tales como los regímenes económicos del matrimonio o los arrendamientos rústicos.

Sin duda es cierto que tal influencia ha sido significativa cuando investigadores austriacos han ocupado puestos de responsabilidad en las Comisiones correspondientes (114).

La conclusión final formula su queja y expresa su petición final:

"El potencial del Código civil austriaco en cuanto fuente de inspiración para el derecho privado europeo sigue estando de modo general subestimado. Esencialmente cabe decir que en las cuestiones estructurales esta codificación basada en el derecho natural es con frecuencia superior al Código civil alemán y ofrece soluciones más convenientes a diferentes tradiciones jurídicas. Es necesario articular más claramente en Europa las cualidades del ABGB" (115).

11. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA EL JURISTA ESPAÑOL

En primer término esta publicación sirve de introducción al Derecho civil austriaco para quien lo desconozca. No faltan sus precedentes mediatos e inmediatos e indicación de fuentes abundantes y seguras. Muy detallada es la elaboración del ABGB, especialmente en su última y decisiva fase, destacando la fundamental intervención de Von Zeiller; su ulterior difusión por centro y este de Europa; su baño germánico por Unger y su escuela; la influencia del nacional-socialismo en los años oscuros del *Anschluss,* y algunos proyectos actuales de reforma especialmente significativos. La exposición del contenido de aquél permite también una aproximación al vigente Derecho civil austriaco, con especial tratamiento del Derecho

(114) El autor investiga minuciosamente la presencia de Austria en los denominados *Principes de droit européen des contrats, Principes du droit européen de la responsabilité civil* –grupo dirigido por el jurista austriaco Koziol–, *Principes du droit européen du contrat d'assurance, Principes du droit européen de la famille, Projet du cadre commun de référence, Projet de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente.* Observa que la presencia activa de juristas austriacos en las Comisiones correspondientes ofrece mayores oportunidades a su país de influir en la elaboración de normas europeas. Pero en tal caso no parece que el criterio de selección se base principalmente en el prestigio del país de pertenencia.

(115) *Loc. cit.* p. 172 ss. El autor propone cuatro ejemplos de regulaciones civiles concretas en que el ABGB puede servir de modelo.

de bienes y de la responsabilidad civil. La bibliografía autóctona es notable. Lo relativo al Derecho civil francés es menos novedoso para nosotros, si bien su abierta actitud comparatista es de agradecer.

Convendría recordar que expertos hispanos sobre la codificación europea han recogido entre nosotros y a lo largo del siglo XIX juicios favorables al ABGB debido sobre todo, en términos muy generales, a su inspiración iusnaturalista. Es, sin embargo, más dudoso que este código fuera objeto de estudios comparativos en profundidad, ni en esa época, ni menos en el siglo XX. Pienso que hoy no sería fácil organizar aquí un congreso paralelo del que ha derivado este volumen. Compartimos con Austria el hecho de estar regido también por un Código de segunda categoría, algo más joven que el austriaco pues sólo hemos superado el primer centenario, y que ni siquiera ha completado su primera fase, aunque no deja de estar acompañado por una pequeña cohorte de otros códigos extraeuropeos. A quien corresponda sugeriríamos difundir en el mundo hispano un texto castellano en vigor de ese venerable Código europeo bicentenario y de sus sucesivas reformas, que con toda justicia pide un puesto significativo en Bruselas.

ANÁLISIS DE LAS REGULACIONES JAPONESAS SOBRE REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, PROPIEDAD HORIZONTAL, ARRENDAMIENTOS URBANOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE CULPA EXTRACONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

Francisco Barberán Pelegrín
Abogado. Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

II. PROPIEDAD HORIZONTAL

III. ARRENDAMIENTOS URBANOS

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE CULPA EXTRACONTRACTUAL

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

El Derecho registral japonés fue objeto de una profunda reforma en 2005. La antigua Ley 24/1899, de 24 de febrero, del Registro de la Propiedad Inmobiliaria, fue sustituida por la Ley 123/2004, de 18 de junio, sobre Registro de Bienes Inmuebles (*Fudôsan Tôki-hô*, 不動産登記法), que entró en vigor el 7 de marzo de 2005 (1). La nueva Ley actualizó el lenguaje de la anterior (redactada íntegramente en japonés clásico, incomprensible para la mayoría de los ciudadanos), dispuso la digitalización de los Libros de registro y demás documentación anexa (mapas, gráficos de situación, etc.) y permitió la divulgación pública, no sólo del contenido de los Libros de registro, sino también de los documentos anexos a las solicitudes de inscripción.

Su artículo 3 declara inscribibles en el registro de la propiedad los siguientes derechos reales (2): propiedad, superficie, enfiteusis, prenda (3), hipoteca, arrendamiento, servidumbres, derechos preferentes de cobro y el *Saiseki-ken* (採石権) o derecho a la extracción en fundo ajeno de piedras y otros minerales (4). No son inscribibles,

(1) Sobre esta norma, véase 田中稔、(2008) 新不動産登記法 (平成16年法律第123号), 沖縄法政研究, *8*, 211-224 (TANAKA, Minoru, *La nueva Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria* –Ley 123/2004–, Okinawa Hōsei Kenkyū, 2008, vol. 8, pp. 211-224).

(2) En España, el artículo 2 de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946) y el artículo 4 del Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947) declaran inscribibles con carácter general cualesquiera derechos reales.

(3) Los artículos 356 y siguientes del Código civil japonés permiten la constitución de prenda sobre inmuebles. La regulación japonesa de esta institución contempla el desplazamiento de la posesión, debiendo correr en tal caso el acreedor pignoraticio con los gastos de administración del inmueble.

(4) Este peculiar derecho real se halla regulado por su norma específica, la Ley 291/1950, de 20 de diciembre (採石法), cuyo artículo 4.3 prevé la aplicación subsidiaria de las normas del Código civil sobre el derecho de superficie.

sin embargo, la posesión, el derecho de retención y el *Iriai-ken* (5) (入会権).

En Japón el registro de la propiedad depende del Ministerio de Justicia y está integrado por las agencias estatales y las delegaciones regionales que dicho ministerio posee a lo largo de todo el territorio nacional. Por su parte, los registradores de la propiedad son oficiales del Ministerio de Justicia designados para ejercer como tales por los directores de las Agencias estatales y regionales de la administración de Justicia.

En cuanto a los libros de registro, son de dos tipos: libros de suelo (*Tochi Tôkibo*, 土地登記簿) y libros de edificaciones (*Tatemono Tôkibo*, 建物登記簿). Dada su naturaleza, en relación con las edificaciones sólo son inscribibles los derechos de propiedad, hipoteca, arrendamiento, prenda y los derechos preferentes de cobro. A la hora de practicar las inscripciones se sigue, al igual que en España (6), el principio de folio real (7). En cada inscripción consta, en primer lugar, la descripción del inmueble (su clase, ubicación, linderos, superficie, número de finca y demás datos de identificación), así como el nombre y demás datos del titular o titulares, con expresión de la cuota participativa de cada uno de ellos. En el caso de los edificios se indica también el tipo de construcción y se detallan sus

(5) Se trata de un derecho al aprovechamiento de espacios comunales forestales, agrícolas, pesqueros o de pastos. Los artículos 263 y 294 Código civil japonés remiten a la costumbre local de cada región para su regulación. En su defecto se aplican las disposiciones del código sobre copropiedad y sobre servidumbres. En un intento de evitar los problemas prácticos generados por la remisión a la costumbre local, se promulgó la Ley 126/1966, de 9 de julio, de modernización de los derechos de *Iriai* (入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律), que pretendía su transformación en derechos individuales, pero su eficacia ha sido muy cuestionada, pues son numerosos los problemas que persisten tras su entrada en vigor. En España, aunque la regulación de este tipo de derechos tampoco consiguió eludir la potente tendencia a la administrativización del Derecho civil, el artículo 94.2.a del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) también remite a la costumbre local en caso de que su disfrute resulte imposible en régimen de explotación común.

(6) Cfr. artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria española (Decreto de 8 de febrero de 1946).

(7) Que en japonés se denomina principio de "un folio por finca" (一不動産一登記用紙主義).

anexos, si los hay. A continuación se anotan las sucesivas modificaciones de los derechos reales que se vayan produciendo en relación con el inmueble al que se refiere la inscripción. Para una mejor identificación y localización, los libros de registro se complementan con mapas de situación y planos de los edificios (8).

Los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal también son objeto de una única inscripción en la que se describe en primer lugar el edificio y, a continuación, los distintos departamentos que lo integran. Sólo resultan inscribibles como departamentos independientes los elementos comunes estatutarios (*Kiyaku Kyôyôbubun*, 規約共用部分), pero no los elementos comunes por naturaleza o por ministerio de la Ley (*Hôtei Kyôyôbubun*, 法定共用部分), pues estos últimos, incluidos generalmente en la descripción del edificio, no pueden ser objeto de enajenación independiente.

En Japón es mucho más frecuente que en España el edificar sobre suelo ajeno, bien por derecho de superficie, bien por derecho de arrendamiento de larga duración. Además, tampoco es infrecuente que una edificación y el solar sobre el que se asienta sean objeto de enajenación separada, en cuyo caso surge la obligación por parte del propietario de lo edificado de abonar una renta al del suelo, lo que genera no pocos problemas cuando se trata de edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal. Antaño era incluso lícito enajenar un elemento privativo de un edificio en propiedad horizontal de modo independiente de la cuota de copropiedad que el mismo tenía asignada sobre el solar, de modo que un propietario podía acordar la venta de su piso, pero manteniendo su cuota sobre la copropiedad del suelo. La única forma de evitarlo era prohibir expresamente la enajenación por separado en los estatutos de la comunidad. Los numerosos conflictos que esta facultad de enajenación independiente generaba obligaron al legislador nipón a reformar la Ley de Propiedad Horizontal (9) en 1983, a fin de incorporar a ella la prohibición

(8) Una detallada descripción de las secciones que componen el folio registral y la estructura de las inscripciones, puede hallarse en Kokan, Jiro y Rodríguez Navarro, M.ª Teresa, "Registro de la Propiedad Inmobiliaria", en Barberán, Francisco, Kuroda, Kiyohiko y Okabe, Fuminobu (coords.), *Introducción al Derecho japonés actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 406 y 407.

(9) Ley 69/62, de 4 de abril (建物の区分所有等に関する法律).

genérica de enajenar de modo separado los elementos privativos y el derecho al uso del suelo (10). Por eso, aunque la inscripción de este derecho no es obligatoria, cuando se lleva a cabo, se deja constancia expresa de su alcance y contenido, así como de su causa (esto es, si el derecho a usar del suelo dimana de un derecho de propiedad, de superficie o de arrendamiento) y de la cuota que sobre el mismo tiene asignada cada copropietario.

El Ministerio de Justicia autoriza el tratamiento informático y la utilización de soportes magnéticos para el almacenaje de datos registrales. La conservación de los libros de registro y demás documentación tiene carácter permanente y no se permite su salida de la sede del registro, excepto en caso de grave emergencia o de catástrofe natural.

En el derecho registral japonés rige el principio de rogación o instancia de parte, de modo que, salvo unos pocos casos excepcionales, en los que la inscripción resulta obligada por haber sido ordenada por una autoridad judicial o administrativa(11), se deja a la libertad de los interesados la posibilidad de inscribir sus derechos para hacerlos públicos, oponibles frente a terceros y, en definitiva, beneficiarse de las ventajas y la protección que ofrece el sistema registral. El artículo 177 del Código civil japonés (12) dispone que la adquisición, pérdida o modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles sólo serán oponibles a terceros cuando hayan sido inscritas de acuerdo con las prescripciones de la Ley del registro de bienes inmuebles.

No obstante, el hecho de que excepcionalmente se pueda practicar de oficio una inscripción, no significa que pueda prescindirse de la instancia del interesado. Todo lo contrario: sólo ante la falta de presentación de la instancia en el plazo legalmente previsto, puede

---

(10) Es el denominado S*hikichi-ken* (敷地権), que faculta a edificar sobre un suelo o a servirse de él de otro modo. La prohibición de enajenación independiente se incorporó a la Ley con escaso éxito, pues puede ser salvada mediante previsión estatutaria en contra. A ello nos referiremos con ocasión del apartado siguiente.

(11) Se trata de la "inscripción comisionada o por delegación" (*Shokutaku Tōki*, 嘱託登記).

(12) Una traducción íntegra del Código civil japonés, anotada y comentada, puede encontrarse en Barberán, Francisco y Domingo, Rafael, *Código civil japonés*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

el registrador actuar de oficio. Así ocurre, por ejemplo, con las inmatriculaciones de nuevos inmuebles (islas artificiales, edificios de nueva construcción, etc.), pues en estos casos pesa sobre el titular la obligación de proceder a su inmatriculación registral en el plazo de un mes, previéndose la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.

Por otra parte, y a salvo casos excepcionales (como las transmisiones *mortis causa* y algunos otros), en el Derecho registral japonés rige el principio de instancia conjunta (*Kyôdo Shinsei no Gensoku*, 共同申請の原則), que exige que la solicitud de inscripción sea cursada por los dos titulares -anterior y actual- del derecho a inscribir (13). Así, por ejemplo, en el caso de transmisión de la propiedad de un inmueble por compraventa, el obligado a acceder a la inscripción es el vendedor, siendo el comprador el titular del derecho a inscribir. La solicitud de inscripción ha de ser cursada por ambos y, si el obligado a la inscripción no accediera a ello, su voluntad podría ser suplida por el juez.

Por lo demás, aunque pervive la obligatoriedad de cursar por escrito la instancia para la inscripción, la Ley de 2004 derogó el tradicional principio de solicitud mediante comparecencia personal en la sede del registro e introdujo por primera vez la posibilidad de presentación telemática de instancias. Al objeto de garantizar la seguridad de las solicitudes cursadas de este modo, la Ley prevé su previa firma electrónica, el uso de certificados digitales y la acreditación personal del solicitante mediante un código específico de identificación registral.

Con el sistema anterior, el titular registral recibía del registro de la propiedad un certificado (14) que le acreditaba como tal de cara a sus posteriores actuaciones ante el registro. Pero, además de que en los últimos años se habían venido produciendo algunos casos de falsificación de este tipo de certificados, su uso resultaba incompatible con la posibilidad de envío telemático de solicitudes propugnada por la Ley de 2004, por lo que los antiguos certificados en papel han

(13) En japonés se denominan "obligado a la inscripción" (*Tōki Gimusha*, 登記義務者) y "titular del derecho a inscribir" (*Tōki Kenrisha*, 登記権利者), respectivamente.

(14) *Tōkizumi-shō* (登記済証). Recuérdese que en Japón no existe documento nacional de identidad.

sido sustituidos por el denominado código de identificación registral, una serie de doce caracteres alfanuméricos que sirve para acreditar la identidad del solicitante y que, junto con el certificado electrónico de usuario y la firma electrónica, permite cursar instancias telemáticas con plena validez. Su carácter es secreto, por lo que en caso de extravío o sustracción ha de comunicarse a la mayor brevedad al registro para su inmediata anulación. En cualquier caso, la eventual pérdida del código no acarrea graves problemas de seguridad, pues la Ley ha establecido un sistema de doble acreditación personal que exige que el código de identificación, que carece de validez por sí solo, haya de ser usado simultáneamente con la firma electrónica y con el certificado de usuario. Y otro tanto ocurre con las solicitudes cursadas en papel al modo tradicional, pues en ellas, además del código de identificación registral, se exige el sellado de la instancia mediante la estampilla personal y la exhibición del correspondiente certificado de autenticidad de la misma (15).

La posibilidad de cursar telemáticamente las instancias se conjuga con el principio de obligatoriedad de la instancia conjunta mediante la exigencia de la firma electrónica de ambos solicitantes y la ulterior remisión de la instancia por cualquiera de ellos a través del Sistema de Instancias Online del Ministerio de Justicia. El registro emite igualmente certificados acreditativos de tenencia de un código válido de identificación registral, que habilitan al transmitente para cursar la instancia. No obstante, la carencia del código de identificación registral, en tanto que modo general de identificación que no puede operar sólo, sino siempre en unión, bien de la firma y el certificado de usuario electrónicos, bien del sello personal con su correspondiente certificado de autenticidad, no conlleva más que la necesidad de que el solicitante se acredite como titular inscrito por

(15) Aunque, debido a la influencia occidental, la costumbre de firmar se va extendiendo poco a poco, en Japón pervive la obligación de estampar el sello personal oficialmente registrado (Jitsu-in, 実印) a modo de firma en los documentos que contienen los actos jurídicos más relevantes. Este sello cuenta con un certificado de autenticidad (*Inkan Shōmeishō*, 印鑑証明書) que permite determinar pericialmente si la marca dejada en el documento ha sido realmente efectuada con él o no.

cualquiera de los medios legalmente previstos, entre los que se incluye la comparecencia personal en la oficina del registro a instancia del registrador (16).

Es igualmente necesario suministrar lo que se denomina "información acreditativa de la causa de la inscripción" (17), esto es, información suficiente sobre la realidad del negocio jurídico del que trae causa la inscripción solicitada. Se trata de un documento escrito, bien en soporte físico, bien informático, firmado, sellado o firmado electrónicamente por el titular registral a quien perjudique la nueva inscripción, en el que éste informe sobre el negocio jurídico que motiva la nueva inscripción, su fecha, intervinientes y el bien inmueble que constituye su objeto, declarando que el negocio jurídico en cuestión ha tenido lugar efectivamente y no es simulado.

Aunque con algunas excepciones, en el derecho registral japonés rige con carácter general el principio de prioridad temporal (18), de modo que el orden de los distintos derechos relativos a un mismo inmueble se determina por su respectivo momento de inscripción.

En función de su eficacia, las inscripciones se clasifican en anotaciones preparatorias (*Yobi Tôki*, 予備登記) e inscripciones definitivas (*Shûkyoku Tôki*, 終局登記). Las anotaciones preparatorias pueden, a su vez, ser provisionales (*Kari Tôki*, 仮登記) o preventivas (*Yokoku Tôki*, 予告登記). También para el caso de las anotaciones provisionales rige el principio de instancia conjunta, si bien se admite que la solicitud la curse sólo el nuevo titular, adjuntando el consentimiento escrito del titular anterior o el mandamiento judicial de anotación provisional emitido, en su caso, en sustitución de la voluntad de éste.

En función de su forma, las inscripciones pueden ser principales o independientes (*Shu Tôki*, 主登記 *Dokuritsu Tôki*, 独立登記) y accesorias o marginales (*Fuki Tôki*, 付記登記).

Por su contenido, las inscripciones se clasifican en modificativas (*Henkô Tôki*, 変更登記), destinadas a adecuar el registro a la realidad, introduciendo los cambios físicos o jurídicos producidos en

(16) Esta comparecencia puede ser exigida por el registrador siempre que no considere suficientemente acreditada la identidad de un solicitante.

(17) *Tōki Gen'in Shōmei Jōhō* (登記原因証明情報).

(18) *Senganshugi* (先願主義), equivalente al principio *prior tempore potior iure*.

ésta; rectificativas (*Kôsei Tôki*, 更正登記), cuya finalidad es la subsanación de errores y la compleción de lagunas o carencias; reconstructivas (*Kaifuku Tôki*, 回復登記), que disponen, bien la restauración de los asientos registrales físicamente destruidos o dañados, bien la rehabilitación de los indebida o erróneamente cancelados; y de cancelación (*Masshô Tôki*, 抹消登記), que conllevan la supresión o borrado de los derechos inscritos cuando ello resulta procedente.

En lo que respecta a la obtención de información, cualquier persona puede, con la única obligación de abonar su importe, solicitar la emisión a su favor de certificaciones registrales literales (*Tôhon*, 謄本), notas simples (*Shôhon*, 抄本) y mapas o planos registrales. La solicitud puede efectuarse mediante personación en la sede del registro, por correo certificado o telemáticamente, Sin embargo, la exhibición de los libros originales, así como de los mapas, planos y demás documentación auténtica de soporte, sólo se ofrece a los interesados directos.

II. PROPIEDAD HORIZONTAL

La propiedad horizontal constituía el único caso de comunidad pro-diviso (*Kubun Shoyû*, 区分所有), esto es, de copropiedad por cuotas que conlleva un derecho de titularidad exclusiva sobre determinados elementos o espacios concretos de la cosa común, reconocido por el Código civil japonés. Se ocupaba de ella su antiguo artículo 208, suprimido hace ya más de cincuenta años con la entrada en vigor de la Ley 69/1962, de 4 de abril, sobre Propiedad Horizontal (19).

Para poder constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal y establecer derechos separados de propiedad sobre cada uno de los departamentos que lo integran, es preciso que éstos sean

(19) En una evolución similar y coincidente en el tiempo a la habida en España con la promulgación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que modificó, pero no derogó el artículo 396 del Código civil. El artículo 13.8 de la vigente Ley de Propiedad Horizontal española todavía permite acogerse al régimen de administración del artículo 398 del Código civil a las comunidades cuyo número de propietarios no exceda de cuatro, si así lo convienen expresamente en sus estatutos.

independientes constructiva y funcionalmente, esto es, ha de tratarse de entidades físicamente separadas por elementos delimitadores y que gocen de accesos independientes que posibiliten su tenencia exclusiva en propiedad.

Al igual que ocurre en el sistema español, a cada propietario de un elemento privativo le corresponde un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes, pudiendo usar, disfrutar y disponer libremente de su elemento privativo, siempre que no perturbe a los demás (20). La cuota de cada copropietario en la comunidad se determina exclusivamente en función de la superficie útil que su elemento privativo representa sobre el total del edificio (21).

Los elementos comunes pueden ser legales (*Hôtei Kyôyô Bubun*, 法定共用部分) o estatutarios (*Kiyaku Kyôyô Bubun*, 規約共用部分). Los primeros equivalen a lo que en Derecho español se denomina "elementos comunes por naturaleza", esto es, aquellos cuyas características constructivas o funcionales impiden que sean privativos (tejado, fachada, pasillos, etc.), en tanto que los segundos, equivalentes a nuestros "elementos comunes por destino", reciben su condición de comunes estatutarios por atribuirles tal carácter el título constitutivo o los estatutos de la comunidad, aunque sus características físicas permitan su individualización como elementos privativos. Los elementos comunes estatutarios precisan ser inscritos como tales en el registro de la propiedad para que su condición de comunes resulte oponible a terceros (22). Como norma general, los elementos comunes pertenecen a todos los copropietarios, pero nada impide que la titularidad de algunos se asigne sólo a una parte de ellos.

---

(20) Cfr. artículo 396 del Código civil español y artículos 3 y 7.2 Ley española de Propiedad Horizontal.

(21) Cfr. artículo 14.1 de la Ley japonesa de Propiedad Horizontal. En España, sin embargo, es preceptivo tener en cuenta otros factores, como el emplazamiento interior o exterior del elemento privativo, su situación, o el uso presumible que de los servicios o elementos comunes vaya a efectuarse (cfr. artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal española).

(22) No así en España, donde la jurisprudencia presume común todo elemento cuya condición de privativo no resulte claramente del título constitutivo. Se trata de una presunción *iuris tantum* que parte del artículo 3.b de la Ley de Propiedad Horizontal española. Sobre este particular *vid.*, por ejemplo, STS de 26 de mayo de 1994 y 30 de marzo de 2007, entre muchas otras.

Al igual que en España, los elementos comunes por naturaleza no pueden ser objeto de desafectación, en tanto que los elementos comunes por destino sí pueden serlo. Sin embargo, el del suelo sobre el que se asienta el edificio constituye un supuesto de elemento común especial que, como tal, cuenta con un tratamiento jurídico muy peculiar. A él nos referiremos a continuación.

En Japón se distingue el derecho al uso del suelo sobre el que se asienta la edificación (*Hôtei Shikichi-ken*, 法定敷地権) del derecho a usar de otros suelos adyacentes distintos del solar edificado (*Kiyaku Shichi-ken*, 規約敷地権), como, por ejemplo, los destinados a albergar las plazas de aparcamiento de los copropietarios, las zonas ajardinadas, los espacios de recreo, etc. La cuota de copropiedad lleva aparejada una facultad de disfrute del solar sobre el que el edificio se asienta (*Shikichi-ken*, 敷地権), bien sin limitación temporal (por dimanar tal facultad de un derecho de propiedad), bien por largo tiempo (cuando dimana de un derecho de superficie o de arrendamiento de larga duración). Para poder ser propietario de una edificación es necesario ser titular o cotitular del derecho al disfrute del suelo sobre el que tal edificación se asienta, bien por derecho de propiedad, bien por derecho de superficie o de arrendamiento. Por ello, aunque lo habitual es que los copropietarios del edificio lo sean también del suelo sobre el que se alza, tampoco es infrecuente que sean únicamente copropietarios de la edificación y coarrendatarios o cosuperficiarios del solar, cuya titularidad pertenece a un tercero. En estos casos, el copropietario no puede –en principio– enajenar por separado su derecho exclusivo de propiedad sobre el elemento privativo y su cuota sobre la copropiedad (23).

En efecto, lo habitual es que la enajenación del elemento privativo conlleve la simultánea transmisión de la cuota de copropiedad que el mismo tiene asignada, no pudiendo disponerse de uno y otra por separado. Sin embargo, esta obligación admite excepciones, pues, tratándose de la facultad de uso del solar sobre el que se

(23) Por disponerlo así expresamente el artículo 15.2 de la Ley japonesa de Propiedad Horizontal. El Código civil japonés denomina a esta situación "cuasicopropiedad" (*Junkyōyū*, 準共有), término que designa el supuesto en que la titularidad de un derecho patrimonial distinto del de propiedad corresponde a una pluralidad de personas (cfr. artículo 264 Código civil japonés).

asienta el edificio, la previsión estatutaria en contra goza de plena validez jurídica (24), de modo que, si los estatutos de la comunidad de propietarios lo permiten, el condueño puede enajenar de modo independiente su derecho de propiedad sobre el elemento privativo y su derecho a usar del suelo, en tanto que copropietario o cotitular del derecho real que faculta para ello. Y sorprende constatar que, en Japón, los estatutos de las comunidades suelen permitir esta suerte de enajenaciones independientes, no siendo infrecuente que los copropietarios vendan sólo su derecho sobre el suelo, reservándose la propiedad del elemento privativo.

Esta curiosa forma de proceder se debe a que, en Japón, país que cuenta con escaso suelo edificable en relación a su gran número de habitantes, es más frecuente que en Europa edificar sobre suelo ajeno, siendo habituales los arrendamientos de solares de larga duración. La causa de este tipo de enajenaciones está en que los promotores inmobiliarios intentan hacerse con participaciones sobre suelo edificable cuando éste todavía se encuentra edificado, al objeto de que, llegado el momento de su demolición, los propietarios de los pisos no sean ya titulares de sus participaciones sobre el suelo por haberlas enajenado con anterioridad.

En cuanto al mantenimiento, cualquier propietario puede llevar a cabo por sí mismo actos de conservación de los elementos comunes, tomándose los acuerdos sobre su administración cotidiana por mayoría simple, a no ser que los estatutos dispongan otra cosa (25). Los acuerdos más relevantes, especialmente los que afectan a la modificación o reforma de los elementos comunes, precisan para su aprobación de una mayoría cualificada de tres cuartos (26).

(24) Cfr. artículo 22.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa que, tras reiterar que los copropietarios no pueden disponer por separado de su derecho de propiedad sobre el elemento privativo y del derecho al uso del suelo que éste confiere, admite la previsión estatutaria en contra.

(25) Cfr. artículo 18.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa. En España el régimen de mayorías no es susceptible de alteración estatutaria.

(26) Que puede, no obstante, ser rebajada estatutariamente a mayoría simple (artículo 17.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa). La sencillez de la regulación nipona contrasta con el farragoso régimen de mayorías contenido en el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal española. En

Los copropietarios deben contribuir al sostenimiento de los elementos comunes en función de su cuota participativa (27), repartiéndose igualmente los beneficios o rentas que generen los elementos comunes (como los derivados de su arrendamiento o cesión a terceros) en función de la cuota de cada comunero (28).

Al igual que ocurre en España, con la adquisición de un elemento privativo de un edificio en régimen de propiedad horizontal se obtiene una cuota en la copropiedad de los elementos comunes y, con ello, se pasa a formar parte de la comunidad de propietarios de manera automática. La comunidad (*Kanri-kumiai*, 管理組合) puede constituirse en persona jurídica (*Kanri-kumiai Hôjin*, 管理組合法人) mediante acuerdo adoptado por mayoría de las tres cuartas partes, que debe ser inscrito para su validez (29). Con ello, la comunidad persona jurídica pasa a ser la titular del patrimonio común y a asumir la responsabilidad directa por las deudas de la comunidad, si bien, en caso de impago o insolvencia, existe responsabilidad subsidiaria de los comuneros en función de la cuota participativa de cada uno (30). La comunidad persona jurídica debe contar con un administrador social (*Riji*, 理事), que la representa, así como con un interventor (*Kanji*, 監事), que se encarga de supervisar las labores del administrador y la situación económica y contable de la entidad. El cargo de interventor es incompatible con el de administrador y con el desempeño de labores retribuidas para la comunidad constituida en persona jurídica.

El administrador de la comunidad (*Kanrisha*, 管理者) o el administrador social (*Riji*, 理事), si se trata de una comunidad de propietarios constituida como persona jurídica, se encargan de efectuar las convocatorias a junta. Ésta ha de celebrarse al menos una vez al año con el carácter de ordinaria y siempre que lo solicite al menos un quinto de los copropietarios con el carácter de extraordinaria, si

---

mi opinión, fácilmente simplificable sin riesgo de pérdida de garantías ni disminución de derechos para los propietarios en minoría.

(27) Lo que es tanto como decir "en función de la superficie útil que su elemento privativo represente sobre el total", por ser la superficie el único factor tenido en cuenta a la hora fijar la cuota de copropiedad.

(28) También salvo disposición estatutaria en contra. Cfr. artículo 18 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(29) Cfr. artículo 47.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(30) Cfr. artículo 53.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

bien este porcentaje puede rebajarse estatutariamente (31). Si el administrador hiciere dejación de su obligación en este sentido, el llamamiento a la junta podrá ser efectuado por cualquier condueño. Los copropietarios pueden también obviar estos trámites y celebrar válidamente junta universal si están presentes todos ellos y concurre acuerdo unánime a tal fin.

A salvo las excepciones contempladas en la Ley o en los estatutos, los acuerdos se toman generalmente por mayoría simple (32), no pudiendo adoptarse válidamente acuerdos sobre aspectos no incluidos expresamente en el orden del día (33). Tanto la delegación de voto como el voto por representación son admisibles. Cuando la titularidad del elemento privativo corresponde a varias personas, éstas deben elegir a una de ellas para que las represente, asista a las juntas y ejerza en su nombre los derechos de voz y voto (34).

Para la adopción de acuerdos se sigue, al igual que en España, el criterio de doble mayoría, es decir, que para adoptar válidamente un acuerdo han de votar a favor la mayoría de los copropietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación en la comunidad (35), si bien el cómputo se efectúa siempre sobre el total de los propietarios, no de los asistentes (36). Sin perjuicio de ello, cabe la regulación estatutaria de un régimen de adopción de acuerdos y cómputo de votos diferente, como la asignación un voto por propietario, o una unidad de voto por cada 10 metros cuadrados de propiedad, etc. (37)

---

(31) Cfr. en similar sentido el artículo 16.1 de la Ley de Propiedad Horizontal española que exige que la convocatoria de junta extraordinaria la pidan la cuarta parte de los propietarios o un número de éstos que represente al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación.

(32) Cfr. artículo 39.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(33) Cfr. artículo 37.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(34) Cfr., en idéntico sentido, artículo 15.1 de la Ley de Propiedad Horizontal española.

(35) Cfr. artículo 39.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(36) Cfr. artículo 17.7 Ley de Propiedad Horizontal española, que exige como regla general para la validez de los acuerdos el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación, pero en segunda convocatoria admite los adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

(37) Cfr. artículo 38 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

La aprobación, modificación y derogación de los estatutos requiere mayoría cualificada de cuatro tercios del total de los propietarios (38) y, al igual que ocurre en España, nada obsta a que el propietario único de un edificio que se disponga a enajenar como independientes los distintos departamentos que lo componen otorgue él sólo los estatutos al momento de efectuar la declaración de obra nueva, con la única obligación de que aquéllos consten en documento público (39). Si un elemento común pertenece sólo a un grupo de copropietarios, éstos pueden establecer normas estatutarias específicas para su administración, que no afectarán ni resultarán oponibles al resto de los condóminos (40).

Los estatutos deben ser custodiados por el administrador de la comunidad y, si éste no existiere, por cualquiera de los condueños que efectivamente residan en el edificio, debiendo permitirse su exhibición a cualesquiera interesados que lo soliciten, entendiéndose por tales, no sólo los copropietarios, sino también los arrendatarios o personas que estén sopesando la posibilidad de adquirir un elemento privativo en el edificio en cuestión (41).

El administrador puede ser una persona (física o jurídica) ajena a la comunidad. Salvo disposición en contra, su nombramiento y destitución los determina la junta por mayoría simple, si bien en caso de actuación fraudulenta o ilícita cualquier condueño está legitimado para instar directamente su destitución ante el juzgado (42).

Los usuarios de elementos privativos, sean propietarios, arrendatarios o precaristas, tienen el deber de respetar los estatutos y no actuar en contra del interés común (43), so pena de poder ser demandados en un procedimiento interdictal (44) tendente al cese

(38) Cfr. artículo 31.1 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(39) Cfr. artículo 32 Ley de Propiedad Horizontal japonesa, que no exige, sin embargo, la inscripción de los estatutos.

(40) Cfr. artículo 30.2 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(41) Cfr. artículo 33.2 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(42) Cfr. artículo 25 Ley de Propiedad Horizontal japonesa. Al igual que en España, también en Japón suele encomendarse esta labor a empresas especializadas en administración de fincas.

(43) *Kyōdō no Rieki* (共同の利益).

(44) *Sashidome Seikyū* (差し止め請求). Cfr. artículo 57 Ley de Propiedad Horizontal japonesa. Se trata del equivalente japonés de la acción de cesación que contempla el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal

de la perturbación y susceptible de ser iniciado incluso antes de que ésta se haya llegado a producir de modo efectivo. Si la perturbación o la contravención de las normas de convivencia por parte del propietario resulta considerablemente grave, los condueños pueden instar contra él la prohibición temporal del uso de su elemento privativo y, si se trata de un arrendatario, pueden incluso exigir la resolución de su contrato de alquiler (45). Por último, en los casos especialmente graves, es posible acordar la venta forzosa del elemento privativo en pública subasta al objeto de que el propietario perturbador cese en la copropiedad y, en consecuencia, se vea obligado a abandonar el edificio (46).

III. ARRENDAMIENTOS URBANOS

Los arrendamientos urbanos se rigen en Japón por la Ley 90/1991, de 4 de octubre, General de Arrendamientos (*Shakuchi Shakka-hô*, 借地借家法), una norma que regula, de un lado, los arrendamientos de suelo edificable y, de otro, los de viviendas y locales de negocio. Aunque formalmente se elaboró como una nueva Ley, lo cierto es que en la práctica supuso la refundición, con adecuación de su contenido, de tres leyes distintas elaboradas en el primer cuarto del siglo pasado, a las que sustituyó (47).

---

española, si bien en nuestro país no cabe su ejercicio preventivo, pues se exige que la actividad prohibida haya comenzado a desarrollarse y que el presidente requiera al perturbador su inmediata cesación, con apercibimiento del ejercicio de la acción en vía judicial en caso contrario.

(45) Cfr. artículos 58 y 60 Ley de Propiedad Horizontal japonesa.

(46) Cfr. artículo 59 Ley de Propiedad Horizontal japonesa. Algo menos estrictas son las previsiones del sistema español para solventar este tipo de problemas, contenidas en el artículo 7.2 de nuestra Ley de Propiedad Horizontal que, no obstante, contempla la posibilidad de que, además de la inmediata cesación en la actividad perturbadora, la sentencia estimatoria disponga también la indemnización de los daños y perjuicios e incluso la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo inferior a tres años. Si el infractor no fuese el propietario, el juez puede declarar definitivamente extintos todos sus derechos en relación con la vivienda o local y disponer su inmediato lanzamiento.

(47) Se trata de la Ley 40/1909, de 1 de mayo, sobre protección de edificios (建物保護ニ関スル法律); la Ley 49/1921, de 8 de abril, sobre arren-

El carácter excesivamente proteccionista para el arrendatario de estas tres arcaicas normas había generado un clima de desánimo en arrendadores, promotores y gestores del suelo que perjudicaba gravemente los arrendamientos. Con la promulgación de esta nueva Ley se pretendió fundamentalmente adecuar la obsoleta legislación anterior a los nuevos tiempos y restablecer el equilibrio entre las posiciones contractuales de arrendador y arrendatario (48).

Aunque con ligeros repuntes alcistas en 2002, 2007, 2008 y 2015, el precio del suelo viene experimentando en Japón un descenso continuo y prácticamente ininterrumpido desde 1991, coincidiendo con el estallido de la burbuja económica y con el año de promulgación de esta Ley. Cabe afirmar sin temor a equivocarse que el precio medio del suelo residencial de las principales ciudades japonesas es hoy inferior al de sus homólogas europeas, como Londres, París, Madrid, Roma o Frankfurt (49).

La Ley japonesa define el arrendamiento de suelo edificable (*Shakuchi-ken*, 借地権) en un sentido amplio, comprensivo del derecho de superficie (*Chijô-ken*, 地上権) y del de arrendamiento en sentido estricto (*Chinshaku-ken*, 賃借権), como el derecho que recae

---

damiento de solares (借地法); y la Ley 50/1921, de 8 de abril, de arrendamiento de viviendas (借家法). No obstante, los arrendamientos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 90/1991 todavía se rigen parcialmente por la legislación anterior, de modo que ésta no ha de entenderse totalmente derogada. Algo similar ocurre con la Ley española de arrendamientos de 1964 (Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre), cuya regulación resulta todavía aplicable a algunos contratos de arrendamiento de vivienda en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.

(48) Bien diferentes fueron los argumentos que empleó el legislador español en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (comúnmente conocido como *"Decreto Boyer"*), cuyo artículo 9 suprimió la obligación de la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos, por considerar que con ello se estimularía la construcción de viviendas y locales destinados a alquiler, al tiempo que bajarían los precios iniciales de los arrendamientos y aumentaría la oferta en un mercado en retroceso desde hacía décadas, posibilitándose de ese modo el acceso a la vivienda de las generaciones más jóvenes, dadas sus dificultades para adquirir una en propiedad.

(49) Fuentes: Instituto Nacional de Estadística del Ministerio de Interior y Comunicaciones de Japón (総務省統計局), www.stat.go.jp y agencia Tochidai (土地代データ), www.tochidai.info.

sobre un terreno y posibilita el ejercicio del derecho de propiedad sobre las edificaciones que sobre él se erijan (50).

La Ley admite el "autoarrendamiento" (*Jiko Shakuchi-ken*, 自己借地権) en caso de que el propietario de un suelo levante en él un edificio en propiedad horizontal y proceda luego, previa constitución de un arrendamiento de larga duración sobre el solar, a la enajenación por separado de los pisos, locales u otros elementos privativos. De este modo, en tanto en cuanto no lleve a cabo la completa enajenación de todos los elementos privativos, el propietario en cuestión será al mismo tiempo dueño y arrendatario del suelo, junto con los adquirentes de aquéllos, en tanto que propietario de los pendientes de enajenación (51).

El artículo 604 del Código civil japonés fija en veinte años el plazo máximo de duración de los arrendamientos, de modo que, si se pacta un arrendamiento de duración superior, ésta se entiende automáticamente reducida a veinte años. Por supuesto, caben la prórroga o la reconducción, pero este plazo resulta extremadamente corto cuando se trata de arrendamientos de solares destinados a acoger edificios que, por su propia naturaleza, precisan de un plazo estable de mayor duración, no pudiendo dejarse a la exclusiva voluntad del arrendador la facultad de prorrogar o no el arrendamiento, obligando en caso negativo al propietario del edificio a demolerlo para dejar expedito el solar cuando sólo han transcurrido veinte años desde su construcción. Por ello, la Ley establece en su artículo 3 un plazo mínimo de treinta años para los arrendamientos de suelo edificable, considerando además que el plazo deberá tener como mínimo tal duración cuando las partes hubieran pactado uno inferior o cuando no hubieran fijado ninguno. La Ley establece igualmente unos plazos mínimos de veinte y diez años, respectivamente, para la primera y la segunda prórroga, pero nada impide que las partes establezcan de común acuerdo otros de duración superior (52). Además, si finalizado el plazo inicial, el arrendatario insta la prórroga o continúa disfrutando del solar arrendado sin que el arrendador objete nada al respecto, el arrendamiento se entiende tácitamente reconducido por

(50) Cfr. artículo 2.1 Ley de Arrendamientos japonesa.
(51) Cfr. artículo 15.1 Ley de Arrendamientos japonesa.
(52) Cfr. artículo 4 Ley de Arrendamientos japonesa.

el término legal, si bien es condición *sine qua non* para la prórroga la subsistencia del edificio al momento de su producción (53).

El arrendador sólo puede oponerse a la prórroga legal si concurre "justa causa". Pero las causas de oposición no están legalmente tasadas, por lo que, a falta de acuerdo entre las partes, la suficiencia o no de su justificación se analiza caso por caso, tomándose en consideración circunstancias tales como la necesidad de usar del suelo alegada por cada parte, el estado de aprovechamiento del terreno, el tiempo de arrendamiento transcurrido y la cantidad ofrecida por el arrendador, en su caso, como indemnización por la denegación de prórroga y el desalojo (54).

En caso de destrucción del edificio durante la vigencia del arrendamiento del solar, se distingue entre el término inicial del arrendamiento y las ulteriores prórrogas, admitiéndose con carácter general la reconstrucción del edificio durante el término inicial, pero exigiéndose el consentimiento expreso del arrendador si la destrucción (55) se ha producido durante alguna de las prórrogas. Si el arrendatario no desea reedificar o su solicitud de reedificación resulta denegada, tiene derecho a instar la resolución contractual (56). Si la prórroga o su renovación fuera denegada, pero el edificio estuviera todavía en condiciones de digna habitabilidad, asiste al propietario del edificio, en tanto que arrendatario del suelo, el derecho a exigir del dueño de éste que adquiera el edificio a precio de mercado, previa su tasación pericial (57).

---

(53) Cfr. artículo 5.1 Ley de Arrendamientos japonesa.

(54) Cfr. artículo 6 Ley de Arrendamientos japonesa.

(55) En este contexto el término destrucción ha de entenderse en sentido amplio, comprensivo tanto del derribo voluntario, como del producido por causas naturales (como la ruina) o de fuerza mayor (como el incendio o el terremoto).

(56) Cfr. artículo 8.1 Ley de Arrendamientos japonesa.

(57) Es el denominado *Tatemono Kaitori Seikyū-ken* (建物買取請求権), cuyo fundamento doctrinal se halla, no sólo en el enriquecimiento injusto que obtendría el propietario del suelo al quedarse con el edificio sin pagar nada por él, sino también en el mal social que supone tener que derribar un edificio cuando todavía se halla en disposición de servir como vivienda a un grupo de ciudadanos. Este derecho a exigir la adquisición del edificio a precio de mercado se extingue automáticamente si el contrato de arrendamiento del que trae causa resultara resuelto por incumplimiento imputable al arrendatario.

Como norma general, para que un arrendamiento resulte oponible frente a terceros ha de estar inscrito(58). Si no lo está y el propietario del suelo lo enajena, el arrendatario no puede oponer su derecho de arrendamiento al nuevo adquirente, de modo que éste puede instar el desalojo y el derribo de la edificación. Resulta evidente, por tanto, que la inscripción resulta de crucial importancia para la defensa de los derechos del arrendatario. A ello hay que sumar que, para poder inscribir el arrendamiento, es necesario que el arrendador preste su consentimiento, pues, como ya hemos indicado con ocasión del apartado precedente, en el Derecho registral japonés rige el principio de instancia conjunta, lo que obliga a que sean ambos titulares quienes cursen la solicitud de inscripción. Así las cosas, no es infrecuente que el arrendador se niegue a efectuarla, pues no tiene especial interés en ella.

Dado que estas circunstancias sitúan al arrendatario en una situación de desventaja frente al arrendador, la Ley, de un lado, contempla una excepción en este ámbito para permitir al propietario de un edificio levantado sobre suelo arrendado llevar a cabo la inscripción de su derecho de propiedad sobre el edificio sin necesidad de contar con la aquiescencia del dueño del suelo, y, de otro, admite la oponibilidad de su derecho de arrendamiento al tercero adquirente del suelo con la sola condición de que el derecho de propiedad sobre el edificio esté inscrito, aun cuando no lo esté el de arrendamiento. De este modo, basta con que el arrendador del suelo conste inscrito como titular registral del derecho de propiedad sobre el edificio, para que pueda oponer a terceros su derecho de arrendamiento (59). Y las mismas previsiones resultan aplicables en favor del superficiario. Sin embargo, la eficacia de esta prerrogativa está condicionada a la efectiva existencia del edificio, de modo que, si éste es derribado o resulta destruido, la facultad de oponer el arrendamiento frente a terceros se desvanece, aunque la inscripción registral perviva. Dicho de otro modo, la desaparición del edificio supone la pérdida del derecho de propiedad (inscrito) que justificaba la oponibilidad frente a terceros del derecho arrendamiento (no inscrito). Y es que, aunque en otros ámbitos jurídicos sí se reconoce fuerza jurídica a la apariencia de derecho (especialmente cuando se trata de proteger al tercero de buena

(58) Por disponerlo así el artículo 605 del Código civil japonés.
(59) Cfr. artículo 10.1 Ley de Arrendamientos japonesa.

fe), el sistema registral japonés no la reconoce con carácter general (60). No obstante, para que el propietario del edificio desaparecido no quede del todo desprotegido, la Ley permite el uso de los denominados "medios extrarregistrales de publicidad de los derechos" (61), de modo que, si el propietario en cuestión coloca en el lugar en que se hallaba enclavado el edificio, información pública claramente visible acerca de las características y demás datos de identificación del edificio originario, la fecha en que dejó de existir y su intención de reedificarlo, la Ley reconoce la oponibilidad a terceros de su derecho de arrendamiento sobre el suelo durante el término de dos años, transcurridos los cuales la fuerza de los medios extrarregistrales de publicidad se desvanece *ope legis* (62). La posibilidad de prorrogar la eficacia de la inscripción mediante el uso de estos curiosos medios de publicidad es un elemento novedoso que se incorporó por primera vez con la promulgación de la Ley 90/1991.

En otro orden de cosas, cabe destacar que, en Japón, el rigor del principio *pacta sunt servanda* es objeto de constante atemperación en esta materia. Así, si debido a variaciones en los precios de mercado, aumentos en los impuestos que afecten al terreno arrendado, u otras circunstancias similares de carácter económico, la renta deviene inadecuada, cualquiera de las partes puede instar su actualización con independencia de lo que establezcan al respecto las condiciones contractuales (63). No obstante, el pacto de no aumentar

(60) Es el denominado *Kōshinryoku* (公信力). Sobre esta institución y la protección del tercero de buena fe, véase Sato, Hidekatsu, Barberán, Francisco y Rodríguez Navarro, M.ª Teresa, "Temas de actualidad. La aplicación analógica del artículo 94.2 del Código civil", en Barberán, Francisco, Kuroda, Kiyohiko y Okabe, Fuminobu (coords.), Introducción al Derecho japonés actual, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 288-290.

(61) *Meinin Hōhō* (明認方法). Se trata de una modalidad de signos aparentes de derechos, cuya finalidad es precisamente publicitar la titularidad de tales derechos (carteles en fincas, marcas de fuego en animales, inscripciones talladas en árboles, etc.).

(62) Cfr. artículo 10.2 Ley de Arrendamientos japonesa.

(63) A diferencia de lo que ocurre en España, donde prevalece la libertad de las partes en este ámbito por estar los arrendamientos de suelo edificable excluidos, tanto del régimen de la antigua LAU de 1964, como del regulado por la actual de 1994.

la renta durante un determinado periodo de tiempo es válido (64). Si las partes no llegan a un acuerdo sobre la fijación de la renta para acomodarla a las circunstancias económicas, resolverá en última instancia el juzgado, pero es obligatorio intentar antes la conciliación (65), de modo que sólo cabe obtener pronunciamiento judicial sobre la actualización de la renta en caso de que aquélla resulte sin avenencia, algo muy infrecuente en la práctica.

En similar sentido, si el contrato contiene cláusulas con restricciones al tipo de edificación o a su uso, y su contenido deviene inadecuado, bien por el transcurso del tiempo, bien por otras causas, las partes pueden instar ante el juzgado su modificación (66). Así, por ejemplo, si existen en el contrato limitaciones a la reedificación en caso de pretenderse un aumento de la cabida del edificio, el arrendatario puede instar ante el juzgado la anulación de tales limitaciones por entender que carecen de justificación y que el aumento es acorde con la edificabilidad del solar. En tal caso, el juzgado puede otorgar al arrendatario la autorización para llevar a cabo la ampliación del edificio, con independencia de lo pactado por las partes y a pesar de la oposición del arrendador.

El traspaso y el subarriendo han de ser consentidos. La falta de consentimiento del arrendador es causa de resolución contractual (67). Sin embargo, si el arrendador se niega a prestarlo de modo injustificado, el arrendatario puede instar del juzgado la concesión de una autorización sustitutiva (68).

Con la finalidad de fomentar al máximo los arrendamientos de suelo para la edificación, la Ley regula también tres tipos especiales de contratos locativos.

---

(64) Cfr. artículo 11.1 Ley Arrendamientos japonesa.

(65) Cfr. artículo 24.2 de la Ley 222/1951, de 9 de junio, reguladora de los actos de conciliación en el ámbito civil (民事調停法).

(66) Cfr. artículo 17 Ley de Arrendamientos japonesa.

(67) También el artículo 8.1 de la Ley española de arrendamientos urbanos establece que el contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador, al tiempo que el artículo 27.2.c) de la misma norma contempla expresamente la cesión o el subarriendo inconsentidos como causas de resolución contractual.

(68) Cfr. artículo 19 Ley de Arrendamientos japonesa. Al subarrendatario le asisten, como norma general, los mismos derechos que el arrendatario.

El primero de ellos es el denominado arrendamiento de larga duración (*Teiki Shakuchi-ken,* 定期借地権), que se caracteriza por la posibilidad, sólo admisible en los arrendamientos de duración inicial igual o superior a cincuenta años, de renunciar válidamente, tanto al derecho a la prórroga, como al derecho a instar del dueño la adquisición del edificio a precio de mercado a la finalización del arrendamiento (69). El pacto de renuncia ha de ser siempre escrito (70).

Otro tipo especial lo constituye el arrendamiento con pacto de adquisición de edificio (*Tatemono Jôto Tokuyaku-tsuki Shakuchi-ken*, 建物譲渡特約付借地権), mediante el cual, el dueño del suelo se compromete a adquirir, en un plazo máximo de treinta años desde la celebración del contrato, el edificio enclavado en el solar objeto de arrendamiento, extinguiéndose de este modo el arrendamiento por confusión (71). Si, llegado el momento de la adquisición, el antiguo propietario del edificio continúa usando de éste por consentirlo así el titular del suelo, esta suerte de *constitutum possessorium* generará en favor de aquél un derecho de arrendamiento urbano de vivienda cuya duración será igual al tiempo de arrendamiento de solar que reste por cumplir. En cuanto a la renta, a falta de acuerdo entre ambas partes, decidirá el juzgado.

Por último, la Ley regula también, como una modalidad especial, el denominado arrendamiento para uso empresarial (*Jigyô-yô Shakuchi-ken,* 事業用借地権). Se trata del arrendamiento del suelo en que se halla una edificación destinada a albergar oficinas, empresas o establecimientos mercantiles de cualquier tipo, cuya duración sea superior a diez e inferior a veinte años. En este tipo de contratos locativos son válidos los pactos de renuncia a la prórroga, a la reedificación y al derecho a instar del dueño la adquisición del edificio a la finalización del arrendamiento, siempre que tales pactos consten en escritura pública.

En cuanto a los arrendamientos urbanos propiamente dichos (*Shakka-ken*, 借家権), si entendemos por tales únicamente los de viviendas y locales de negocio, con exclusión de los relativos a so-

(69) *Tatemono Kaitori Seikyū-ken* (建物買取請求権), *vid.* nota 57.

(70) Cfr. artículo 22 Ley de Arrendamientos japonesa.

(71) Cfr. artículo 23.1 Ley de Arrendamientos japonesa. Sobre extinción de Derechos reales por confusión, *vid.* artículo 179 del Código civil japonés.

lares edificables a los que acabamos de referirnos, la Ley japonesa contempla la posibilidad de que constituyan su objeto, tanto los edificios enteros, como los diversos departamentos independientes que los integran. Los arrendamientos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley actual (es decir, antes del 1 de agosto de 1992) siguen rigiéndose por la legislación anterior, incluso en caso de prórroga, si bien, a diferencia de lo que ocurre con los arrendamientos de suelo edificable, en el caso de las viviendas y locales de negocio la antigua y la nueva regulación no resultan tan dispares.

La Ley contempla un sistema de prórroga forzosa para los arrendamientos urbanos, de modo que, tratándose de los que tienen fijado un plazo contractual de duración, el arrendador no puede oponerse a la prórroga, salvo que cumpla las siguientes condiciones:

a) Que notifique al arrendatario, en un plazo de entre un año y seis meses antes de la finalización del término pactado, de su intención de no prorrogar el contrato.

b) Que manifieste inmediatamente su oposición en caso de que, transcurrido el término contractual, el arrendatario continúe en el disfrute del inmueble arrendado (72).

c) Que concurra en el arrendador justa causa de excepción a la prórroga, entendiéndose por tal, con carácter general, una necesidad superior a la del arrendatario de usar el inmueble arrendado, sin perjuicio del análisis de otros factores, como el tiempo efectivo de duración del arrendamiento, el estado de aprovechamiento y conservación del inmueble o la cantidad ofrecida por el arrendador, en su caso, como indemnización por la denegación de prórroga y desalojo (73).

En otro orden de cosas, al concertar un contrato de alquiler de vivienda en Japón, además de la fianza arrendaticia (*Shiki-kin,* 敷金), el arrendatario abona también una cantidad al arrendador en concepto de gratificación (*Rei-kin,* 礼金). La naturaleza jurídica de

(72) Al objeto de evitar que opere la tácita reconducción que prevé el artículo 619 del Código civil japonés.

(73) Cfr. artículo 28 Ley de Arrendamientos japonesa.

esta institución, cuyo origen está en la costumbre, es discutida (74), y su cuantía varía según las regiones (75).

En los arrendamientos de duración indeterminada y en los de duración inferior a un año, el arrendador puede solicitar la extinción del contrato en un plazo de seis meses a contar desde el requerimiento al arrendatario en tal sentido, pero también en estos casos se exige que, a la finalización de dicho plazo, el arrendatario no continúe disfrutando del inmueble arrendado con la aquiescencia del arrendador (76) y que concurra en éste justa causa de denegación de la prórroga. No obstante, con la entrada en vigor de la Ley 153/1999, de 15 de diciembre, de medidas especiales para incentivar la oferta de viviendas de calidad en régimen de arrendamiento (77), ha pasado a ser lícito celebrar contratos de arrendamiento urbano de viviendas y locales de negocio sin sujeción a prórroga forzosa.

Por lo demás, aunque no hayan sido inscritos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 605 del Código civil japonés (78), los arrendamientos urbanos resultan oponibles a los terceros adquirentes de derechos reales en relación con el inmueble arrendado desde el mismo momento de su entrega al arrendatario (79).

Dado que durante la vigencia de los contratos locativos de larga duración es habitual que se produzcan aumentos en el coste de la vida, variaciones en los valores del suelo y de otros inmuebles,

(74) La Sentencia del Tribunal Regional de Primera Instancia de Kioto (Sección 2.ª de lo Civil), de 30 de septiembre de 2008, lo considera como un pago parcial anticipado del precio del arrendamiento, que no ha lugar a restituir al finalizar éste.

(75) En cuanto al tipo y cuantía de estas cantidades, *vid.* Nakagawa, Toshihiro, Barberán, Francisco y Rodríguez Navarro, M.ª Teresa, "Derecho Civil. Obligaciones y contratos", en Barberán, Francisco, Kuroda, Kiyohiko y Okabe, Fuminobu (coords.), Introducción al Derecho japonés actual, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 329.

(76) Que, obviamente, también puede ser tácita, considerándose como tal la no manifestación de inmediata objeción al respecto.

(77) 良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法, vulgarmente conocida como "Ley de arrendamientos urbanos de duración determinada" (定期借家法).

(78) Cuyo tenor literal es el siguiente: "A partir de la inscripción del arrendamiento de un bien inmueble, éste será eficaz también frente a los ulteriores adquirentes de un derecho real sobre dicho inmueble".

(79) Cfr. artículo 31.1 Ley de Arrendamientos japonesa.

aumentos en los tributos que los gravan u otras alteraciones de las circunstancias económicas susceptibles de hacer que la renta inicialmente pactada devenga inadecuada, la Ley prevé la posibilidad de adaptarla a las circunstancias descritas (acomodándola al alza o a la baja), a instancia de cualquiera de las partes y con independencia de las condiciones contractuales estipuladas. Ello no obstante, el pacto de no aumentar la renta durante un periodo de tiempo determinado es válido (80). Al igual que ocurre con los arrendamientos de suelo edificable, si las partes no alcanzan un acuerdo sobre la fijación de la renta, resuelve en última instancia el juzgado, pero es preciso intentar antes la conciliación.

A la conclusión del arrendamiento, el arrendatario tiene derecho a instar del arrendador el reembolso de las obras de mejora que haya efectuado en el inmueble arrendado (81). Pero, al igual que sucede en España, este derecho (82) resulta de escaso o nulo ejercicio en la práctica, habida cuenta de que el arrendador puede condicionar el otorgamiento de su permiso para la realización de las obras al no reembolso de su importe cuando finalice el arrendamiento, algo a lo que está expresamente autorizado (83). Con la antigua Ley (84), sin embargo, sí era obligatorio que el arrendador reembolsara siempre al arrendatario el importe de las obras y mejoras que éste hubiera efectuado y por esta precisa razón resultaba muy difícil conseguir su autorización para llevarlas a cabo. Ante ello, la Ley optó por permitir que la obligación de reembolso del arrendador fuera eludible.

La Ley contempla otras situaciones especiales de prórroga: Los arrendatarios de una edificación enclavada a su vez en un solar arrendado deben abandonar el edificio al finalizar el arrendamiento del suelo, pero la ley les confiere la posibilidad de instar del juzgado la suspensión del plazo de desalojo por un tiempo máximo de un año(85). Además, si el arrendatario de una vivienda muere sin sucesores, la ley autoriza a subrogarse en su posición contractual a

(80) Cfr. artículo 32.1 Ley de Arrendamientos japonesa.

(81) Cfr. artículo 33 Ley de Arrendamientos japonesa.

(82) Que en japonés se denomina literalmente "derecho a instar la adquisición de las obras" (造作買取請求権).

(83) Cfr. artículo 33 Ley de Arrendamientos japonesa.

(84) Ley 50/1921, de 8 de abril, de arrendamiento de viviendas (借家法).

(85) Cfr. artículo 35 Ley de Arrendamientos japonesa.

las personas que hubieran convivido con él en la vivienda objeto de arrendamiento (86).

La Ley contempla la posibilidad de concertar válidamente los siguientes tipos de arrendamiento, sin necesidad de someterse al régimen de prórroga forzosa:

1. Arrendamientos de duración determinada (*Teiki Tatemono Shintaishaku*, 定期建物賃貸借). Puede afirmarse que, con la reforma de la Ley General de Arrendamientos operada por la Ley 153/1999, de medidas especiales para incentivar la oferta de viviendas de calidad en régimen de arrendamiento, el sistema legal de prórroga forzosa fue suprimido *de facto*, pues basta para eludirla que el arrendamiento sea de duración determinada, se formalice por escrito y, con anterioridad a la firma del contrato, el arrendador advierta al arrendatario por escrito de que, a la conclusión del término, no se producirá la prórroga (87). En los contratos de este tipo cuya duración inicial sea superior a un año, es igualmente necesario que el arrendador notifique al arrendatario de su intención de dar por finalizado el arrendamiento, con un preaviso de entre seis y doce meses. Si se retrasara al efectuar esta notificación, el arrendamiento finalizará a los seis meses desde que la misma tenga lugar.

2. Arrendamientos con previsión de derribo de edificio (*Torikowashi-yotei no Tatemono no Shakka*, 取り壊し予定の建物の借家). Cuando, por exigirlo así las disposiciones administrativas reguladoras de la materia (88) o por haberse estipulado previamente en el contrato de arrendamiento del solar, se prevea el derribo del edificio en un determinado plazo de tiempo, es válido el pacto acordando que el arrendamiento finalice con el derribo (89).

(86) Cfr. artículo 36 Ley de Arrendamientos japonesa y, en parecido sentido, artículo 16.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos española.

(87) Cfr. artículo 38 Ley de Arrendamientos japonesa.

(88) Como las relativas a la ruina o a las reguladoras de la planificación urbanística.

(89) Cfr. artículo 39 Ley de Arrendamientos japonesa.

3. Arrendamientos para uso temporal específico (*Ichiji Shiyômokuteki no Shakka*, 一時使用目的の借家). Los arrendamientos concertados para un uso concreto y temporalmente muy limitado, como los de las instalaciones para eventos deportivos o espectáculos, están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley general de arrendamientos, por lo que eluden también el sometimiento al régimen de prórroga forzosa (90).

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE CULPA EXTRACONTRACTUAL

Conviene comenzar aclarando que la doctrina japonesa no distingue terminológicamente entre culpa contractual y culpa extracontractual o aquiliana. Siguiendo la terminología de su Código civil, en Japón se emplea el término más amplio de "responsabilidad derivada de acto ilícito" (*Fuhôkôi Sekinin*, 不法行為責任) que, además de la que tiene su origen en culpa grave o leve, acoge también a la derivada de dolo y se usa por oposición al término "responsabilidad derivada de incumplimiento obligacional" (*Saimu Furikô Sekinin,* 債務不履行責任). La responsabilidad derivada de acto ilícito se contempla con carácter general en el artículo 709 del Código civil japonés (91).

La declaración de responsabilidad derivada de acto ilícito exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. acto lesivo originado por dolo o negligencia; 2. lesión de un bien o un derecho; 3. generación de un daño; 4. relación de causalidad adecuada entre el acto lesivo y el daño; 5. inexistencia de circunstancias que excluyan la antijuricidad de la conducta; y 6. capacidad del autor del acto ilícito para ser responsable. En principio, la carga de la prueba de los cua-

(90) Cfr. artículo 40 Ley de Arrendamientos japonesa.

(91) Cuyo tenor literal es el siguiente: *"El que dolosa o culposamente lesione derechos o bienes ajenos jurídicamente protegidos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados"*. El empleo del término genérico "derechos" (権利) hace que el precepto resulte aplicable tanto a las relaciones jurídicas contractuales como a las extracontractuales. Compárese su tenor con el de su equivalente en España, el artículo 1902 del Código civil, que refiere simplemente la "causación de un daño a otro" por acción u omisión. Sorprende, por lo demás, que ninguno de ambos contemple de modo expreso la obligación de cesar en la producción del acto ilícito.

tro primeros corresponde al demandante, pero la negligencia en la actuación del causante del daño y la relación causa-efecto resultan a veces muy complicadas de demostrar.

Ello ha hecho que en Japón esté muy extendida la teoría de la responsabilidad por riesgo objetivo (*Mukashitsu Sekinin*, 無過失責任) (92), en virtud de la cual, en ciertos casos, como cuando se trabaja con sustancias nocivas o se manejan máquinas peligrosas (por ejemplo, vehículos a motor), la obligación de indemnizar por daños personales surge incluso sin dolo ni culpa. Esta teoría se sustenta en dos pilares fundamentales: el principio de peligrosidad (*Kiken Sekinin no Genri,* 危険責任の原理), en virtud del cual, quien crea, maneja o controla una fuente de peligro, debe soportar los daños que ésta produzca(93) y el principio compensatorio (*Hôshô Sekinin no Genri,* 報償責任の原理), en virtud del cual, quien obtiene un beneficio económico con el desarrollo de una actividad, debe paliar, con cargo a dicho beneficio, los daños que ésta genere, incluso en ausencia de dolo o culpa (94).

La responsabilidad civil por riesgo objetivo está muy arraigada en Japón. Los apartados 1 y 2 del artículo 717 del Código civil (sobre responsabilidad del propietario o poseedor de una edificación por los daños que ésta produzca) contienen dos claros ejemplos de ella. En ambos se presume la existencia de responsabilidad por parte del propietario o poseedor, recayendo sobre éste la prueba de la observancia de la diligencia debida para evitar la producción del resultado lesivo.

También acoge un supuesto de responsabilidad por riesgo objetivo el artículo 3 de la Ley 97/1955, de 29 de julio, reguladora de la responsabilidad civil derivada de accidentes de vehículos a mo-

(92) Literalmente "responsabilidad sin culpa".

(93) Un ejemplo típico son las centrales nucleares o los vehículos a motor.

(94) Equivalente a nuestra responsabilidad objetiva en función del criterio del beneficio, fundada en los principios *ubi emolumentum ibi onus* y *cuius commoda eius incommoda*

tor (95). En los supuestos de daños personales (96) derivados de accidente provocado con un vehículo a motor, la doctrina japonesa habla de responsabilidad por riesgo objetivo "condicionada" (97), pues se declara "a condición" de que el presunto responsable no demuestre su absoluta falta de responsabilidad mediante la prueba de las tres circunstancias que más adelante referiremos. De este modo, su aplicación en la práctica opera mediante una inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual se presume culpable al conductor del vehículo, debiendo ser él quien pruebe la concurrencia de culpa (parcial o exclusiva) de la víctima (98). Sobre ésta recae únicamente la carga de probar el *quántum* de los daños personales que ha sufrido.

Este contexto de la responsabilidad objetiva en los accidentes de tráfico incluye a los generados por ciclomotores o velomotores (99), pero no por las bicicletas. La bicicleta es un vehículo muy utilizado en Japón, por lo que en muchas ciudades se permite su circulación por las aceras. Con ello son frecuentes los accidentes y atropellos

(95) *Jidōsha Songai Baishō Hoshō-hō* (自動車損害賠償保障法). En España, el artículo 1 del vigente Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, dispone que el conductor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción, de los daños causados a las personas o en los bienes. En el caso de los daños a personas sólo quedará exonerado si prueba que se debieron a culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor, no incluyéndose en ésta los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de sus piezas. Tratándose de daños en los bienes, el conductor responde cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código civil o 109 y siguientes del Código penal. España no quedó atrasada en este ámbito, pues idéntica previsión se contenía ya en el artículo 39 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos a motor, y se mantuvo en el artículo 1 de su posterior Texto Refundido, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo.

(96) Los daños materiales quedan expresamente excluidos.

(97) *Jōken Tsuki Mukashitsu Sekinin* (条件付無過失責任).

(98) A falta de previsión expresa en la Ley 97/1955, los tribunales japoneses se apoyan en los artículos 418 y 722.2 del Código civil para poder declarar la concurrencia de culpas.

(99) Cfr. artículo 2.1 de la Ley 97/1955, de 29 de julio, que los incardina expresamente entre los vehículos a motor.

de viandantes por parte de estos vehículos (100). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los vehículos a motor, para poder circular en bicicleta no se exige disponer de ningún tipo de seguro (101). Si a ello unimos el hecho de que, en relación con estos vehículos, no se aplica la doctrina del riesgo objetivo, sino el artículo 709 del Código Civil japonés, el resultado es que el peatón atropellado por una bicicleta se halla jurídicamente más desprotegido que el atropellado por un automóvil, pues, de un lado, no podrá beneficiarse de la presunción de culpabilidad e inversión de la carga de la prueba que contempla el artículo 3 de la Ley 97/1955, debiendo ser él quien pruebe la concurrencia de dolo o culpa por parte del ciclista y, de otro, la eficacia de su indemnización quedará condicionada a la solvencia del autor de daño (102).

---

(100) Cfr. artículo 63-4 de la Ley 105/1960, de 25 de junio, sobre Tráfico (道路交通法), que admite la posibilidad de circulación de bicicletas por las aceras en ciertos casos. En España, sin embargo, la Sentencia del TS de 10 de abril de 2014 (recurso 2094/2012), confirma la del TSJ de Aragón de 17 de febrero de 2012 (recurso 368/2009), que declaró la nulidad de ciertos artículos de la Ordenanza Municipal de Circulación de Peatones y Ciclistas del Ayuntamiento de Zaragoza, de 29 de junio de 2009, en tanto permitía a los ciclistas circular por las aceras, por considerar que se trataba de normativa municipal que contravenía la legislación estatal sobre la materia (Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990 y Reglamento General de Circulación aprobado por Real Decreto 1428/2003). Aunque carezcan de motor, las normas estatales consideran a las bicicletas como una especie dentro del género vehículo, lo que determina que su circulación por las aceras les esté vedada.

(101) Aunque algunas modalidades de seguros de hogar o de seguros vinculados a tarjetas de crédito ofrecen ya extensiones voluntarias de cobertura de responsabilidad civil derivada de accidente de bicicleta.

(102) Una situación prácticamente idéntica a la que se da actualmente en nuestro país, en el que estos casos tampoco entran en el ámbito de la responsabilidad objetiva, debiendo el perjudicado probar la concurrencia de dolo o culpa por parte del ciclista en aséptica y pura aplicación del artículo 1902 del Código civil. En mi opinión, la situación debería corregirse en ambos países, exigiéndose de *lege ferenda* la concertación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil a los usuarios de bicicletas, habida cuenta del exponencial aumento experimentado por el uso de este vehículo en los últimos años y de la gravedad de algunos de los accidentes en cuya producción interviene, evitándose de este modo que la efectiva indemnización del daño generado quede supeditada a la solvencia de su autor.

En su afán por proteger al perjudicado en accidente de tráfico, la Ley 97/1955 establece también los sistemas de seguro obligatorio de vehículos a motor y de responsabilidad civil subsidiaria del Estado para hacer efectivo el pago de las indemnizaciones en los casos de carencia de seguro obligatorio e insolvencia del responsable, o de huída del mismo sin posibilidad de ser hallado.

El seguro obligatorio cubre los daños personales producidos por el vehículo, con excepción de los generados al responsable del mismo, al conductor y al copiloto. Las cuantías máximas de las indemnizaciones con cargo al seguro obligatorio están fijadas en 30 millones de yenes por fallecimiento y en 40 millones de yenes por gran invalidez (103).

Junto con el conductor causante directo del daño, es también responsable quien ha puesto el vehículo a su disposición para que lo use (*Unkô Kyôyôsha*, 運行供用者) (104), si bien su responsabilidad se limita a los daños personales ocasionados, con exclusión de los materiales. Se trata de una categoría de corresponsabilidad que da cabida, no sólo al propietario del vehículo, sino a cualquier persona que obtenga un beneficio con su explotación (subarrendador, comodante, empresa de alquiler de vehículos adquiridos con pacto de reserva de dominio o mediante alguna modalidad de arrendamiento financiero, etc.). La razón de que tal persona deba responder de modo solidario (105) con el conductor causante del daño deriva de

(103) Cfr. artículo 2.1 y tabla anexa 1.ª (baremo de indemnizaciones) del Decreto 286/1955, de 18 de octubre (自動車損害賠償保障法施行令).

(104) Cfr. artículo 3 de la Ley japonesa 97/1955, de 29 de julio, reguladora de la responsabilidad civil derivada de accidentes de vehículos a motor. En España, el apartado 3 del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) dispone que el propietario no conductor responde de los daños a personas y bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con éste por alguna de las relaciones reguladas por los artículos 1903 del Código civil o 120.5 del Código penal, salvo que pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Si el propietario no conductor no disponía de seguro obligatorio, responderá civilmente, junto con el conductor, de los daños a personas y bienes ocasionados por éste, salvo que pruebe que el vehículo le fue sustraído.

(105) Se trata de un supuesto de solidaridad impropia (*Fuseishin Rentai*, 不真正連帯).

su doble condición de perceptora del beneficio que genera el uso del vehículo y de titular de las facultades de control de tal uso, lo que hace que resulte igualmente responsable en los casos de cesión gratuita del vehículo. Si, llegado el caso, pretende su exoneración de responsabilidad, la Ley le obliga a probar las siguientes circunstancias (106).

a) Que no concurrió, ni en ella ni en el conductor del vehículo, culpa o negligencia en la producción del accidente.
b) Que, por el contrario, sí concurrió dolo o culpa por parte del perjudicado o de un tercero distinto del conductor.
c) Que el vehículo se hallaba en buen estado de funcionamiento, libre de averías y deficiencias.

La doctrina califica a este tipo de responsabilidad de "cuasiobjetiva" y "condicionada", pues su declaración está condicionada a que el responsable no pruebe estas tres circunstancias, pero lo cierto es que conseguir probarlas es una ardua tarea, por lo que, a efectos prácticos cabe afirmar que estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva pura (107).

La responsabilidad por acto ilícito de la administración (responsabilidad patrimonial del Estado) se rige por su norma específica, la Ley 125/1947, de 27 de octubre (*Kokka Baishô-hô*, 国家賠償法), cuyo artículo 1 dispone que, si un funcionario ocasiona un daño en el ejercicio de sus funciones mediando culpa o negligencia, la administración está obligada a indemnizarlo (108).

---

(106) Compárense con las contempladas por el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), que refiere sólo la culpa exclusiva del perjudicado y la fuerza mayor (excluyendo también de ésta los defectos del vehículo y la rotura o fallo de sus piezas), sin perjuicio de la posibilidad de declarar la concurrencia de culpas en los supuestos de contribución de la víctima a la producción del resultado dañoso o a su agravación, especialmente en los casos en que la víctima ha incumplido la normativa de seguridad.

(107) Sobre responsabilidad por riesgo objetivo derivada de accidente de tráfico *vid.* Shiomi, Yoshio, "*Saiken-Kakuron II – Fuhōkōi-hō",* Shinseisha, Tokio, 2005, pp. 207 a 217 (潮見佳男、「債券各論II – 不法行為法、新世社、東京、2005年、207-217頁)

(108) Un análisis detallado sobre el sistema japonés de responsabi-

En cuanto a defensa de los consumidores en este ámbito, destaca la existencia en Japón de la Ley 85/1994, de 1 de julio, de garantía de bienes de consumo (109). Hasta su entrada en vigor, cuando un consumidor se planteaba exigir responsabilidades por los defectos del artículo que había adquirido, se encontraba con que carecía de acción directa por incumplimiento contractual contra el fabricante, pues en puridad ningún contrato había celebrado directamente con él, sino con el vendedor. Así las cosas, al consumidor no le quedaba más remedio que acudir a la vía de la responsabilidad por acto ilícito del artículo 709 del Código civil japonés, lo que es tanto como decir que estaba obligado a probar –entre otros extremos– la concurrencia de dolo o culpa en la actuación del fabricante y la relación causa efecto entre dicha actuación y el resultado lesivo. La Ley 85/1994 abrió la posibilidad de que el consumidor reclamara directamente contra el fabricante por determinados defectos de algunos bienes de consumo. Constituyen su objeto únicamente los bienes muebles que hayan sido objeto de fabricación o especificación, lo que excluye de su ámbito de aplicación a los inmuebles, los productos naturales o los bienes muebles que no hayan sido objeto de manufactura, alteración o mejora. Según esta norma, son responsables por los defectos de los bienes de consumo sus productores, fabricantes e importadores, así como todo aquel que comercialice como propio un producto aunque no lo hubiera fabricado directamente. De este modo, cuando el titular de una marca encarga a un productor la fabricación de un artículo para comercializarlo posteriormente como propio, la Ley hace responsables a ambos de los potenciales daños o perjuicios que generen los defectos del artículo en cuestión. El legitimado para exigir tal responsabilidad es el perjudicado, no siendo necesario que se trate del adquirente directo del bien defectuoso. En cuanto a la responsabilidad, surge por la mera existencia de defectos en el producto, entendiéndose por tales, a efectos de la Ley,

lidad patrimonial del Estado en lengua española puede verse en Kitahara, Hitoshi, Barberán, Francisco y Kuroda, Kiyohiko, "Derecho administrativo", en Barberán, Francisco, Kuroda, Kiyohiko y Okabe, Fuminobu (coords.), *Introducción al Derecho japonés actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 119 a 122.

(109) *Seizōbutsu Sekinin-hō* (製造物責任法), en vigor desde el 1 de julio de 1995.

los susceptibles de afectar negativamente a la seguridad que cabría esperar del mismo artículo en condiciones normales. Para estos supuestos la Ley no contempla ni presunciones ni inversión del *onus probandi* en favor del perjudicado, de modo que sigue pesando sobre él la carga de probar la existencia del defecto (110). El hecho de que éste no resultara constatable mediante los conocimientos científicos y técnicos propios del momento en que el bien fue fabricado, conlleva la exención de responsabilidad del fabricante, pero la prueba de ello corresponde a éste (111).

Mención aparte merece, por último, la peculiar Ley 40/1899, de 8 de marzo, sobre responsabilidad civil derivada de incendio culposo (112), que exime de responsabilidad al autor de un incendio de tal índole, salvo que en su producción hubiera concurrido culpa grave. La razón de ser de esta norma está en el gran número de incendios que se producen en Japón a consecuencia de culpa leve, debido a que los materiales tradicionalmente empleados en la construcción son fácilmente inflamables (113). Esta exención de responsabilidad que la Ley prevé para los supuestos de culpa leve se diría pensada exclusivamente para los incendios producidos en edificaciones, pero lo cierto es que hace unos años se aplicó en primera instancia al caso de un incendio de buque en altamar. El tribunal de apelación revocó la sentencia de instancia en este punto, pero no porque el incendio no hubiera afectado a un edificio, sino por considerar que no había concurrido al caso un "fuego generado por descuido" (*Shikka,* 失火), concepto que refiere la Ley y que exige una combustión ordinaria, pues lo que se había producido en el supuesto enjuiciado era una

(110) Aunque en casos de producción de accidente tal existencia se suele tener por probada con cierta facilidad.

(111) La Ley denomina a esto "excepción de riesgo de desarrollo" (*Kaihatsu-Kiken no Kōben*, 開発危険の抗弁).

(112) *Shikka no Sekinin ni Kansuru Hōritsu* (失火ノ責任ニ関スル法律).

(113) Esta especial exención de responsabilidad, impensable en España, hace que en Japón la práctica totalidad de los edificios esté asegurada contra incendios. Además, dada la alta actividad sísmica que afecta al archipiélago nipón, el seguro de incendios se suele concertar ligado al de seísmos. Sobre la vinculación entre uno y otro *vid.* Kobayashi, Michio y Barberán, Francisco, "Seguro de seísmos", en Barberán, Francisco, Kuroda, Kiyohiko y Okabe, Fuminobu (coords.), *Introducción al Derecho japonés actual*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 531 y 532.

suerte de combustión química sin llama (*Muen Nenshô,* 無炎燃焼) de naturaleza diferente, razón por la cual entendió que la exención de responsabilidad contenida en la Ley no resultaba de aplicación al caso (114). **Además, esta exención tampoco afecta a** quien incendia culposamente la vivienda que ocupa como arrendatario, pues se considera que, en su condición de tal, es igualmente responsable del incendio por incumplimiento obligacional (115). Más dudosa resulta, sin embargo, la aplicación de esta peculiar exención a los supuestos de responsabilidad del propietario o poseedor de obra o edificación a que se refiere el artículo 717 del Código civil japonés (116), siendo éste un polémico tema en el que, ni doctrina, ni jurisprudencia, son pacíficas.

(114) Sentencia de la Audiencia Territorial de Tokio de 28 de febrero de 2013, Sala de lo Civil, Sección 8.ª.

(115) Cfr. artículos 415 y siguientes del Código civil japonés, así como STS de Japón de 25 de marzo de 1955.

(116) Cuyo tenor literal es el siguiente: *"Cuando, debido a vicios de construcción o de conservación, una obra edificada sobre el suelo hubiere producido daños, el poseedor de la misma estará obligado a indemnizarlos, salvo que hubiese puesto la diligencia debida para evitar su producción, en cuyo caso deberá ser el propietario quien cargue con ellos"*. Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, pues ésta se presume, correspondiendo al poseedor o al propietario de la edificación la prueba de la observancia de la diligencia debida para evitar la producción del resultado lesivo.

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

Algunas de las cuestiones problemáticas expuestas en el número anterior de la Revista tienen peculiaridades: una de ellas se plantea con los datos fácticos incompletos, los hechos se exponen genéricamente y ello para que el dictaminante se pregunte qué hacer ante la situación. En otro caso el supuesto se expone tomado de un medio de comunicación social lo que puede conllevar falta de precisión técnica y jurídica en el planteamiento de los hechos. Veamos lo que considero de utilidad práctica.

Primero.– Ante el supuesto planteado y sin perjuicio de solicitar más datos para poder emitir dictamen, cabe realizar las siguientes apreciaciones a fin de que se pueda efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de las herencias.

1. Ha de ser el contador partidor el que realice la partición dado que no existe acuerdo entre los interesados para partir la herencia.

2. Lo anterior considerando que si Berto y Carleto estiman que el testamento ológrafo de su padre es nulo tendrán que demostrarlo judicialmente. Y es que están manifestando que carecía de capacidad y libre voluntad.

Respecto a las desheredaciones que alegan, no existen: les ha legado el padre a ambos "lo mínimo legal". Desde luego hay que valorar el patrimonio relicto a fin de concretar la cuantía de la legítima estricta y además considerar –caso de Carleto– la obligación de colacionar 200.000 €.

3. A lo expuesto hay que añadir que a la vista de los hechos ha sido la hija, Susana, la única que ha atendido a su padre –alimen-

tos– y la obligación, si existen los requisitos que la ley establece, recae sobre los tres hijos, con las consecuencias propias correspondientes.

4. Se deduce del testamento que el solar que se menciona –"de su propiedad"– se refiere a propiedad de Berta.

Ante la consulta formulada, cabe considerar en principio que era propiedad el solar de Berta, sobre él los cónyuges construyeron la casa familiar y fue aportada a la sociedad de gananciales: documento de la esposa en que "así lo cuenta y quiere que todo, continente y contenido, sea para los dos". Las dos personas han reconocido la veracidad de lo manifestado por su madre respecto a la inversión en la casa familiar".

La aportación a la sociedad de gananciales –reconocida por la legislación fiscal y admitida sin duda por la Jurisprudencia, en sintonía con los artículos 1323 y 1355 de CC–, parece clara por tanto ante el supuesto de hecho.

5. Es ilegal la separación fáctica de la casa efectuada por Carleto, ante el Código Civil. Y es ineficaz la pretendida sociedad de gananciales convenida por la pareja de hecho, Carleto y Madero, como la Jurisprudencia ha declarado: no cabe la asimilación al matrimonio respecto a la pretensión de que tal régimen se aplique sin más.

6. Ante el supuesto fáctico, tal como ha sido planteado, estas son mis apreciaciones, a considerar que el legado, de bien ganancial, a Susana, para que se produzcan todos sus efectos, ha de adjudicarse a la herencia del testador, conforme al art. 1380 CC.

7. Ante el supuesto fáctico, tal como ha sido planteado, estas son mis apreciaciones, a considerar por el contador partidor y por la heredera, Susana.

Y es que en el presente supuesto es obligado poner de manifiesto la necesidad de que se plantee completo de modo que el razonamiento jurídico se realice a partir de los hechos expuestos clara y totalmente. En otro caso, y es lo que aquí acaece, a lo sumo puede emitirse una nota-dictamen; con lo que se ha tratado de reafirmar lo que constituye *prius* indiscutible: "para que se dé el derecho, hay que exponer, dar los hechos, "clara y totalmente".

Segundo.– El administrador indistinto de la sociedad "Combate a la pobreza SL" otorga poder que incluye facultades para: donar activos sociales y practicar cualesquiera acto equiparado a los mismos…". Su inscripción ha sido denegada por el Registrador Mercantil (conforme a lo que consta en el supuesto de hecho).

Al efecto importa transcribir, en lo esencial, el contenido de la Resolución DGRN de 11 de abril de 2016 (BOE, 2 de junio de 2016). Dice así: Interpretando el término "activos sociales" como equivalente al total patrimonio de la sociedad, debemos examinar si el administrador de una sociedad, puede, sin consentimiento de la junta general, como supremo órgano social el realizar donaciones de todo el patrimonio social, pues dependiendo de si el administrador ostenta o no dichas facultades, concluiremos en si puede o no atribuirlas a un tercero ajeno o extraño a la sociedad y, aunque el registrador en su calificación no alude a esta cuestión, parece claro que al suspender la inscripción de las facultades concedidas por razón de la propia naturaleza de las sociedades mercantiles y como contrarias al orden público societario, al menos, de forma incidental, plantea el problema de la posibilidad de un poder para donar cuando el mismo se refiere in genere a los activos sociales.

— Supuesto lo anterior debemos tener en cuenta la doctrina de las Resoluciones de este Centro Directivo de 20 de enero y 17 de septiembre de 2015, así como la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el nuevo artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

— En la configuración legal de las sociedades de capital se incluyen como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios –cfr. Artículos 1665 del Código Civil, 116 del Código de Comercio y 93.a) y 273 de la Ley de Sociedades de Capital–.

Según la Sentencia de 29 de noviembre de 2007 del Tribunal Supremo, dictada en un caso de donación por una sociedad anónima de su principal activo patrimonial, con disolución de la misma, en favor de determinada fundación, la jurisprudencia ha señalado "predominantemente el fin lucrativo como causa del contrato de so-

ciedad (SSTS de 11 de marzo de 1983; 10 de noviembre de 1986; 19 de enero de 1987; 18 de noviembre de 1988; 7 de abril de 1989; 19 de febrero de 1991; 9 de octubre de 1993; 27 de enero de 1997; 18 de septiembre de 1998, entre otras muchas). De este modo, los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2.a) LSA (artículo 93.a) de la vigente Ley de Sociedades de Capital) e impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento u obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios (RRDGRN 2 de febrero de 1966, 22 de noviembre de 1991, de 25 de noviembre de 1997…).

Por lo demás, la admisibilidad de donaciones tiene como presupuesto el cumplimiento de las normas imperativas sobre protección del capital social. Habida cuenta de la función que el capital social desempeña como cifra de garantía y de la afección de los bienes sociales en protección de acreedores tienden a procurar la integración de dicho patrimonio. El legislador establece determinadas cautelas, como es la exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de las aportaciones sociales como requisito previo a la inscripción de la sociedad o de un aumento de su capital (cfr., entre otros, los artículos 62, 63 y 67 de la Ley de Sociedades de Capital); la prohibición de adquisición por la sociedad de sus propias participaciones sociales-salvo determinadas adquisiciones derivativas permitidas- (artículos 134 y siguientes de la misma Ley); las reglas sobre reducción de capital que impliquen restitución de aportaciones (artículos 317,318 y 333 y siguientes); la dotación de reservas (artículos 273 y 274). Por ello, como expresó esta Dirección General en la citada Resolución de 2 de febrero de 1966, las donaciones societarias –salvo en algunos casos exceptuados a los que alude–, deberán hacerse con cargo a beneficios o reservas libres, pues admitir que pueda hacerse, sal-

vo en los casos exceptuados, una donación de bienes sociales con cargo al capital o a la reserva legal de que sólo puede disponerse en los términos legalmente permitidos, sería tanto como operar una restitución de aportaciones sin disminución de capital, prohibida por las disposiciones legales.

Por otra parte es doctrina consagrada en la jurisprudencia y en las Resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989 y Resoluciones de 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1989) la de incluir en el ámbito del poder de representación de los administradores, no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto social, sea en forma directa o indirecta, y los complementarios o auxiliares para ello, sino también los neutros o polivalentes (como la constitución de garantías en seguridad de deudas ajenas), y los aparentemente no conectados con el objeto social, quedando excluidos únicamente los actos contrarios o denegatorios del objeto social.

En idéntico sentido de exclusión de los actos contrarios al objeto social debe tenerse muy presente que en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se regula, en su artículo 71, una nueva modalidad de modificación estructural de la sociedad como es la operación de segregación.

Esta modificación estructural consiste "en el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad…". Este traspaso en bloque debe sujetarse a las rígidas reglas contenidas en dicha ley que van a exigir, aparte del acuerdo en junta de todas las sociedades afectadas, otra serie de medidas dictadas para la protección de los trabajadores de la empresa y para los acreedores (cfr. Artículos 39 y 44 de la Ley 3/2009 entre otros). De esta forma queda desactivada para el administrador la posibilidad, que antes se admitía, de transmisión de una rama de actividad sin sujetarse a las estrictas reglas establecidas. Ello fue ratificado por la reforma de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, al incluir como competencia de la junta la enajenación, adquisición o aportación a otra sociedad de activos esenciales.

Por consiguiente, en la nueva configuración de las facultades del administrador y ello sin perjuicio frente a terceros de lo dispuesto

en el artículo 234 de la misma Ley, se aprecia una clara limitación cuando de los actos concretos se pasa a actos globales o que pueden llegar a serlo por suma de actos individuales.

Por ello no puede descartarse que no sólo entre los actos de desarrollo o ejecución del objeto social y los complementarios o auxiliares para ello, sino también entre esos actos neutros o polivalentes se encuentre la donación de determinados y concretos activos sociales. Ahora bien, como la cláusula debatida hace referencia globalmente a todos los activos sociales, la misma debe quedar comprendida entre los actos que no pudiendo realizar libremente el administrador, como ha quedado demostrado, tampoco puede conferirlos a un tercero.

Tercero.– Donación de fincas registrales por el administrador único de la SL…. Se transcribe en el supuesto de hecho el objeto social y consta también la denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad por: "…".

El supuesto se ha contemplado y resuelto por la DGRN en Resolución de 20 de enero de 2015 (BOE, 24 de febrero).

A propósito he plasmado esta cuestión debatida a continuación de la que se acaba de tratar porque importa contrastar ambos casos desde el punto de vista notarial, registral y el de las Resoluciones aludidas.

La Resolución de 20 de enero de 2015 dice así en lo sustancial:

En la configuración legal de las sociedades de capital se incluyen como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios (cfr. Artículos 1.665 del Código Civil, 116 del Código de Comercio y 93.a) y 273 de la Ley de Sociedades de Capital).

Según la Sentencia de 29 de noviembre de 2007 del Tribunal Supremo, dictada en un caso de donación por una sociedad anónima de su principal activo matrimonial, con disolución de la misma, en favor de determinada fundación, la jurisprudencia ha señalado "predominantemente el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad (SSTS de 11 de marzo de 1983; 10 de noviembre de 1986; 19 de enero de 1987; 18 de noviembre de 1988; 7 de abril de 1989; 19 de febrero de 1991; 9 de octubre de 1993; 27 de enero de 1997;

18 de septiembre de 1998, entre otras muchas). De este modo, los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2.a) LSA [artículo 93.a) de la vigente Ley de Sociedades de Capital] e impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento u obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios (RRDGRN 2 de febrero de 1966, 22 de noviembre de 1991, 25 de noviembre de 1997, etc.)".

Ciertamente, el tipo de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada es adoptado en algunas ocasiones como simple técnica organizativa, habida cuenta de su funcionalidad y el criterio de mercantilidad formal de aquéllas –cualquiera que sea su objeto–, derivado de la propia regulación legal (artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, dada la indudable existencia de sociedades de capital que, en realidad y según la legislación especial, carecen de base empresarial y ánimo de lucro en sentido estricto, no cabe desconocer las opiniones doctrinales que niegan o interpretan muy flexiblemente la finalidad lucrativa como elemento caracterizador de las sociedades de capital, por considerar que prevalece el elemento estructural u organizativo del concreto tipo social adoptado y no el fin perseguido de suerte que sería suficiente que la sociedad proporcione ventajas patrimoniales a la actividad de los socios.

Aun cuando se trate de sociedades con objeto claramente lucrativo (como acontece en este caso con una sociedad cuyo objeto social consistente en la construcción y explotación de inmuebles) debe partirse, por una parte, de la capacidad general de la sociedad como sujeto de derechos para realizar actos jurídicos, según resulta de los artículos 38 del Código Civil y 116, párrafo segundo, del Código de Comercio, salvo aquellos que por su propia naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no

pueda ejecutar (*vid*. La Resolución de 2 de febrero de 1966), y es que, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2010, «nuestro sistema parte de la plena capacidad jurídica y de obrar de las sociedades mercantiles, que en consecuencia, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en las que puedan incurrir sus gestores, pueden desplegar lícitamente tanto actividades "estatutarias" (dentro del objeto social), como "neutras" (que no suponen el desarrollo inmediato del objeto fijado en los estatutos) y "extraestatutarias", incluso cuando son claramente extravagantes y ajenas al objeto social. (…) Esta capacidad en modo alguno queda mermada por las previsiones contenidas en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 –hoy 234 de la Ley de Sociedades de Capital–, que atribuye a los administradores societarios el poder inderogable de vincular a la sociedad con terceros, con independencia de que su actuación se desarrolle dentro de la actividad fijada como objeto estatutario inscrito en el Registro Mercantil o fuera de ella, sin perjuicio de que la transgresión del objeto estatutario pueda ser oponible frente a quienes no hayan obrado de buena fe y sin culpa grave». Por otra parte, como señala la citada Resolución de esta Dirección General, debe distinguirse entre el objeto social –diferente de ese fin genérico o social que es la obtención de lucro o ganancia, o las meras ventajas desde la perspectiva del concreto objeto social–, y los actos aislados que aunque se otorguen con carácter de liberalidad pueden admitirse "bien porque –como sucede con los regalos propagandísticos– beneficien indirectamente a la Sociedad, y podrán entrar dentro del concepto de gasto ordinario o extraordinario de la Empresa social a que hace referencia el art. 105 de la Ley de Sociedades Anónimas, bien porque se hagan con cargo a beneficios o reservas libres o porque se pretenda remunerar en cuantía no exorbitante ciertos servicios prestados por un antiguo empleado no exigibles legalmente –contemplados en el art. 619 del CC–…, bien porque en casos excepcionales y aun para cuestaciones o contribuciones regulares y por razones impuestas por un comportamiento de solidaridad social u otras igualmente atendibles deba admitirse, incluso en esferas alejadas de la Empresa, la donación pura y simple, como ya ha reconocido la jurisprudencia de algún país europeo". Igualmente, en la Resolución de 22 de noviembre de 1991 este Centro Directivo admitió la realización de actos de liberalidad cuando, por sus características, no comprometan la preponde-

rancia del sustancial objeto lucrativo; y esta posibilidad cuenta con reconocimiento en la legislación fiscal (cfr. Artículos 14, números 1.e) y 3, y 15.2.a) del texto refundido la de Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo).

Por lo demás, la admisibilidad de tales donaciones tiene como presupuesto el cumplimiento de las normas imperativas sobre protección del capital social. Habida cuenta de la función que el capital social desempeña como cifra de garantía y de la afección de los bienes que constituyen el patrimonio social, las normas imperativas de protección a los acreedores tienden a procurar la integración de dicho patrimonio. El legislador establece determinadas cautelas, como es la exigencia de acreditación suficientemente contrastada de la realidad de las aportaciones sociales como requisito previo a la inscripción de la sociedad o de un aumento de su capital (cfr., entre otros, los artículos 62,63 y 67 de la Ley de Sociedades de Capital); la prohibición de adquisición por la sociedad de sus propias participaciones sociales- salvo determinadas adquisiciones derivativas permitidas- (artículos 134 y siguientes de la misma Ley); las reglas sobre reducción de capital que impliquen restitución de aportaciones (artículos 317, 318 y 333 y siguientes); la dotación de reservas (artículos 273 y 274). Por ello, como expresó esta Dirección General en la citada Resolución de 2 de febrero de 1966, las donaciones por las sociedades deberán hacerse con cargo a beneficios o reservas libres, pues admitir que pueda hacerse, salvo en los casos exceptuados, una donación de bienes sociales con cargo al capital o a la reserva legal de que sólo puede disponerse en los términos legalmente permitidos, sería tanto como operar una restitución de aportaciones sin disminución de capital, prohibida por las disposiciones legales.

En el presente caso no puede afirmarse que de la escritura calificada y de los asientos registrales resulte de modo patente que la donación cuestionada contradiga el objeto de la sociedad donante. En efecto, por las circunstancias concretas de dicha transmisión (relación cuantitativa entre el valor de los bienes donados y el patrimonio social, exigencias de rentabilización alternativa de recursos de la sociedad habida cuenta de la situación de persistente deflación de precios en el mercado inmobiliario, de modo que los gastos de mantenimiento puedan volverse desproporcionados,

cuando no directamente superiores, en comparación con su propio precio de mercado o la utilidad que están en condiciones de procurar, etc.) no puede descartarse que, aun tratándose de un acto de disposición a título gratuito, sea compatible con la consecución última del objeto social.

Cuarto.– El Reconocimiento de Complacencia. (R. de C.).

"Caben reconocimientos de complacencia de la maternidad, pero ahora solo se trata de los referidos a la paternidad, con mucho el más frecuente en la práctica". Al efecto es importante la doctrina que se emana y queda fijada por el Tribunal Supremo en sus S.S. de pleno de 4 de julio, y en la de 15 de julio, ambas de 2016.

La filiación paterna que determinan legalmente estos reconocimientos de complacencia puede ser no matrimonial (art. 120 CC) o matrimonial: artículo 138 CC, primera frase, en relación con los artículos 117 (reconocimiento expreso o tácito del marido), 118 (reconocimiento implícito en el consentimiento del marido) y 119 CC; respecto a este último, asumiendo que no requiere que el reconocedor sea el padre biológico del reconocido.

En estos casos el autor del reconocimiento, sabiendo a ciencia cierta que no es el padre biológico, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo, con la finalidad de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la filiación por naturaleza. Eso los diferencia radicalmente de los reconocimientos "de conveniencia", cuya finalidad es crear una mera apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere.

Son nulos todos estos reconocimientos en cuanto implican una manifestación falsa para la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a las resoluciones de 5 de junio de 2006 y 29 de octubre de 2012: "Hay que insistir en la idea de que la regulación de la filiación en el Código Civil español se inspira en el principio de la veracidad biológica (principio reforzado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138) y por la más reciente de 27 de octubre de 2005 que declaran la inconstitucionalidad de los artículos 136.1 y 133.1 del CC, respectivamente), de modo que un reconocimiento de complacencia de

la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad". En el mismo sentido, la reciente Resolución de 4 de septiembre de 2015, que sugiere para estos casos la vía de la adopción.

Pero la posición del Tribunal Supremo es distinta, desde la sentencia 793/2004, de 14 de julio y la Sala, partiendo de que no puede considerarse radicalmente nulo el reconocimiento de complacencia: "Según dispone el artículo 138 del Código Civil, tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el artículo 120.1.º, el expreso o tácito al que se refiere el artículo 117, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial, que contempla al artículo 118), cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los artículos 138 y 141. Y una impugnación por causas distintas, entre ellas la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto), que regulan el mismo artículo 138 y, por remisión, las normas contenidas en la sección y capítulo terceros del título quinto del libro primero del Código Civil, entre otras, la del artículo 136".

Si la filiación paterna que determinó el R. de C. es no matrimonial la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor puede ejercitar es la del art. 140, párrafo segundo, con el plazo de caducidad de cuatro años. Y, en el supuesto de que sea matrimonial, la acción de impugnación es la del art. 136, sujeta al plazo de caducidad de un año.

Las razones que se dan para esta doctrina jurisprudencial son, entre otras:

1. Privar al autor del reconocimiento de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad carece de base legal en las normas sobre filiación.

2. El legislador ha atendido las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente

en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año (art. 136 CC) y cuatro años (art. 140.II CC), se trate o no de un reconocimiento de complacencia.

3. No puede calificarse en general a los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes. La solución de que, aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener esa posibilidad abierta durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en los artículos 136 y 140.11 CC conjuga adecuadamente los distintos intereses que existen.

La conclusión que cabe extraer de lo anterior lleva a considerar que el Supremo ha tratado de armonizar el principio de veracidad biológica con el del interés del reconocido: el rechazo de la nulidad absoluta del reconocimiento de complacencia trata de impedir la arbitrariedad del reconocedor que de forma intempestiva, por la situación de crisis matrimonial o de la pareja, pretende eludir las consecuencias del reconocimiento sin más que alegar: no soy el padre… (en este sentido, ROMERO COLOMA, A. M. "Los reconocimientos de complacencia en el Derecho español"; en esta misma Revista, p. 211). Pero el R. de C. puede ser impugnado por el reconocedor en los supuestos y con los límites temporales expuestos, con lo que considero que la solución es jurídicamente adecuada; se hace justicia.

Y ahora, el NUEVO DICTAMEN.

Primero.– Mediante escritura pública se dona determinada finca. La donante comparece representada por el donatario, su hijo, en virtud de escritura de poder general de administración y disposición, con facultades incluso para hacer donaciones y aunque incida en autocontratación o múltiple representación, así como salvando el conflicto de intereses en todo caso.

El Registrador suspende la inscripción porque «el artículo 1713 CC dispone que: "para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso", lo que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en S. de 6 de noviembre de 2013 en el sentido de que no es suficiente que se mencione expresamente la facultad de donar, sino

que en el poder han de designarse específicamente los bienes sobre los que el apoderado puede actuar. Con lo que se reitera lo establecido en la S. del pleno del TS de 26 de noviembre de 2010».

• **¿Quién tiene razón en Derecho?**

Segundo.– En el convenio regulador aprobado por el juez en la sentencia de divorcio de Anselmo y Berta, se liquidó la sociedad de gananciales y la finca rústica "Z" se adjudicó al primero. No se inscribe la adjudicación en el Registro.

Años después los ex cónyuges otorgan escritura pública de: "liquidación de la sociedad de gananciales y modificando el convenio regulador se adjudica la finca post-ganancial Z a Berta, en base al principio de autonomía de la voluntad".

La Registradora suspende la inscripción porque "no cabe rectificar las adjudicaciones y liquidar una sociedad de gananciales que no existe: se exige un título para adquirir el dominio en el sentido de contrato válido y aquí no lo hay".

• **¿Quién tiene razón en Derecho?**

Tercero.– Judicialmente ha sido aprobado el convenio regulador suscrito por Crisanto y Dámasa (divorcio de mutuo acuerdo). En dicho convenio se acordó aportar a la sociedad de gananciales la que ha constituido la vivienda habitual familiar y una plaza de garaje, ambas en el mismo edificio.

Las dos fincas registrales, que eran privativas de Crisanto, las aportó en el convenio regulador a la sociedad de gananciales. Tras la liquidación de la misma fueron adjudicadas a Dámasa, con aprobación judicial del convenio en su totalidad.

El Registrador ha practicado la inscripción a nombre de Dámasa de la vivienda, pero ha denegado la de la plaza de garaje porque "no constituye la vivienda habitual del matrimonio y al constar inscrita con carácter privativo a nombre de Crisanto, el convenio regulador no es la forma documental adecuada para la aportación de esta finca registral al patrimonio ganancial".

En estos momentos Ernesto quiere comprar el piso y la plaza de garaje a Dámasa y ante el estado registral expuesto pregunta al notario:

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Cuarto.– Don Manuel en su testamento lega a su esposa su cuota legal usufructuaria y el tercio de libre disposición; a su nieto Gerardo, hijo de su fallecida hija Manuela, la legítima estricta que le corresponda y en el remanente de la herencia instituye herederas, a partes iguales, a sus hijas Hilaria e Isabel.

Adjudica a su nieto Gerardo, para pago de su legítima estricta, los derechos que al testador le corresponden sobre: el piso sito en Madrid…; y si no cubre la legítima estricta, el local sito en Guadalajara…

Y como norma particional, adjudica para pago de sus derechos, a su hija Hilaria los derechos que al testador correspondan sobre el piso sito en Guadalajara…, y el local sito en Madrid…

Fallecido el testador la viuda y las dos hijas otorgan la escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal, aceptación y adjudicación de la herencia.

Manifiestan en la escritura que dado que el legatario, Gerardo, no ha comparecido a pesar de haber sido requerido –lo que se acredita mediante incorporación de un burofax en el que se le convoca a la firma y se ponía a su disposición borrador de la escritura– la entrega de su legado se realizará en documento aparte. Figura incorporada también una carta del citado nieto en la que comunica su decisión de no acudir al otorgamiento, su oposición a la partición realizada sin su intervención y por las irregularidades que a su entender contiene, su propósito de defender judicialmente sus legítimos derechos.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad el Registrador suspende la inscripción porque: “Dada la naturaleza que en el régimen del Código Civil tiene la legítima como *pars bonorum,* la intervención de todos los legitimarios en la partición es inexcusable, para preservar la intangibilidad de su legítima”.

• ¿Quién tiene razón en Derecho?

Quinto.– Mediante escritura se elevan a público los acuerdos adoptados por la sociedad “Planet Management SL”, adoptados por unanimidad en junta universal, por los que se modifican los estatutos sociales. Se establece que “en caso de transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto *inter vivos*, a título gratuito u

oneroso, los demás socios y en su defecto la sociedad, podrán ejercitar su derecho de adquisición preferente, con la siguiente regla: se ejercitará por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se trate, que será el menor de los siguientes: el precio comunicado a la sociedad por el socio transmitente, o el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta. En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o fuera a título gratuito, el valor razonable coincidirá con el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta".

El Registrador Mercantil procede a la inscripción parcial porque "la determinación del valor razonable por el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta, puede vulnerar el derecho del socio transmitente a obtener el valor razonable de sus participaciones apreciado el día en que se hubiere comunicado a la sociedad el propósito de transmitir (art. 107 L.S.C)".

- **¿Quién tiene razón en Derecho?**

Sexto.– Se eleva a público el documento privado de compraventa de la finca "X". En el otorgamiento la sociedad vendedora es una entidad bancaria, titular registral, y está representada por persona física que actúa mediante un poder conferido a su favor por otro apoderado de la sociedad vendedora. En el poder primero no consta expresamente la facultad de subapoderar.

El Registrador de la Propiedad suspende la inscripción porque: "el Banco vendedor, poderdante, es empresario y el apoderado es comitente, por lo que carece de la facultad de subapoderar, al no estar la misma expresamente concedida, como exigen los artículos 261 y 296 del Código de Consorcio en sede de la comisión mercantil".

- **¿Quién tiene razón en Derecho?**

SEIS HORAS

revistajuridica@notariado.org

RECENSIONES

DERECHO PRIVADO ROMANO

de Antonio Fernández de Buján.
Madrid, Iustel, 2016 (9.ª ed.).
605 páginas

David López Jiménez
Acreditado a Profesor Titular de Universidad

Durante el siglo XX hemos sido testigos de una destacada producción literaria en el ámbito del Derecho privado romano. En este sentido, y en lo que ámbito universitario español hace, podríamos citar, junto a la que aquí se recensiona, sin ánimo agotador, las obras de: ARIAS RAMOS-ARIAS BONET; D´ORS; FUENTESECA; GARCÍA GARRIDO; IGLESIAS; MIQUEL; TORRENT o VALIÑO. Todos ellos, qué duda cabe, han sido de utilidad, tanto en materia docente como de investigación, redundando, en última instancia, de forma decisiva, en toda la comunidad académica y, por ende, en el alumno. Cada uno de los textos apuntados aporta visiones, metodologías y contenidos, plurales y enriquecedores, que suponen un avance en el conocimiento del Derecho privado y, con ello, del ámbito jurídico en un sentido amplio.

Con carácter general, las obras referidas permiten que el estudiante de primer año de la Licenciatura (modernamente llamado Grado) asimile los conceptos y categorías esenciales del Derecho que, sin duda, están en el Derecho Romano, y tome, al mismo tiempo, un primer contacto con las Ciencias Jurídicas, que, a diferencia de otras ramas del saber (física, química, matemáticas o historia), no tiene espacio propio en los estudios previos al ingreso en la Universidad, por lo que se hace imprescindible un aprendizaje de los dichos conceptos y categorías jurídicas esenciales.

Debe llamarse la atención de que la entrada en vigor del denominado "Plan Bolonia" no ha sido, a mi entender, afortunado ni para la formación del futuro jurista –por la reducción desmesurada de los planes de estudios y con ello, todo hay que decirlo, de su bagaje jurídico– ni por los perniciosos efectos que conlleva respecto de algunas asignaturas. Tal es el caso del Derecho Romano, ya que se disminuyen, de manera sensible, el número de horas (para un examen de los planes de estudio jurídicos en épocas pretéritas hasta fecha de hoy, debe acudirse a Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La reforma de los estudios de Derecho. El nuevo plan de estudios: Su valoración y análisis histórico y comparado*, Dykinson, Madrid, 1992). En esta línea, se ha llegado a hablar de la crisis del Derecho romano –como se han hecho

otras manifestaciones igualmente criticables–, lo que debe vincularse, en gran parte, con la etapa codificadora que es cuando la disciplina romanista desaparece como Derecho susceptible de aplicación, pasando a ser reputada asignatura histórica. No cabe duda que, en efecto, el Derecho romano está indefectiblemente vinculado a la historia, pero tal obviedad no debe servir de fundamento para negar las estrechas relaciones que mantiene con el Derecho privado actual, al que sigue prestando su base dogmática y, por tanto, representando su estudio un notable beneficio (así, entre otros, Antonio Fernández de Buján, "Clasicidad y utilidad de los estudios de Derecho romano", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 1987). Quizás, para mitigar estos nocivos efectos, podría recurrirse a implementar una asignatura –en los planes de estudios de Grado– relativa a los fundamentos del Derecho europeo, para cuya explicación, habría que conocer, con carácter previo, el ordenamiento jurídico romano.

El manual del profesor Dr. Antonio Fernández de Buján, dedicado a su hermano Federico –que, conviene destacar, es un reconocido romanista de la UNED–, se erige en una obra de absoluta referencia por diversos motivos que pasamos a exponer de manera sucinta. Antes, esbozaremos, de forma, en todo caso, breve, su amplia y fecunda biografía para tomar conciencia de la relevancia del autor. Es Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, y autor de más de 250 artículos científicos y 20 libros, lo que, en base a dicha trayectoria investigadora, ha supuesto el reconocimiento de seis sexenios de investigación (máximo posible). Igualmente, es Director de la *Revista General de Derecho Romano* editada por Iustel –indexada, entre otras bases de datos, en Latindex, Carhus (grupo B), y Circ (con valor superior a D)– y de la colección de monografías, de Derecho romano, de la Editorial Dykinson.

Asimismo, es, entre otros muchos méritos, Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación; Vocal de la Comisión General de Codificación; y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Plovdiv (Bulgaria). Ostenta, por su encomiable labor de jurista, las más altas condecoraciones, entre las que pueden enumerarse las siguientes: la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort (concedida por el Ministerio de Justicia); la Medalla Castelao (otorgada por la Xunta de Galicia); la Encomienda con Placa de la Real Orden Civil de Alfonso X el Sabio; y la Medalla de oro del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia. Quiero, en sede de biografía del autor, destacar que se trata del máximo especialista, a nivel nacional e internacional, en materia de jurisdicción voluntaria, como delatan sus múltiples publicaciones paradigmáticas sobre esta materia. De hecho, y así fue reconocido en sede parlamentaria, al aprobarse la vigente Ley de Jurisdicción Voluntaria, es, sin duda, la Autoridad en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Como el mismo determina, en la obra que se recensiona, "la disparidad de criterios doctrinales hacen que la jurisdicción voluntaria sea una materia incierta y discutida en su función, en su finalidad y hasta en su denominación".

Que una obra preferentemente dirigida al alumnado universitario adquiera el éxito editorial, de una manera tan notable y rápida, pone de manifiesto muchos aspectos (repárese, en este sentido, que la obra de *Derecho privado romano* ya ha alcanza la 9.ª edición, y, por su parte, la de Derecho público romano acumula 19 ediciones). Entre sus aspectos novedosos, cabe destacar –sin ámbito agotador– la enorme aceptación y arraigo, por parte de los destinatarios a los que se dirige, y su permanente actualización –en diversos apartados, pues tal actuación incluye no solo la bibliografía, sino también a los contenidos–. El libro del maestro, A. Fernández de Buján, ampliamente reconocido, en el espacio europeo y latinoamericano, es una obra abierta, lo que, en modo alguno, merece un juicio de reproche (que es objeto de ampliación en cada nueva edición que periódicamente ve la luz). En efecto, el hecho de que reste incorporar algunos aspectos, como "los contratos en particular" (sin perjuicio de que, con buen criterio, se tratan, de manera independiente, los contratos verbales, literales, consensuales, y el de sociedad); "los delitos"; "los cuasidelitos"; y "el Derecho hereditario", no impide constatar su alta calidad, ya que se trata, como se adelantó antes, de una obra académica en permanente actualización (lo que podría *a priori* resultar contradictorio para algunos –que, deliberadamente, incurrirían en error–, habida cuenta de que nos encontramos ante una disciplina marcadamente histórica).

Ya con su actual contenido estamos frente a una obra de absoluta referencia en el siglo xxi, sugerente y necesaria para todo jurista –y no solo aquellos más afines a la disciplina romanista– que opten por tomar conciencia de la incidencia que el Derecho Romano ha protagonizado en el sistema jurídico occidental. De hecho, considero que el contenido presente en la obra que se comenta resulta útil para cualquier jurista que persiga formarse acerca de los orígenes de cualquier institución del Derecho privado. En este sentido, debe señalarse, como es sabido, que el antecedente del actual Derecho es, precisamente, el Derecho romano. Podríamos, a este respecto, enumerar un notable elenco de supuestos sobre el particular. Así, a título de ejemplo, en las últimas leyes del Derecho catalán –entre otros el Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña en sede del preámbulo– pueden observarse referencias explícitas al Derecho romano. También es patente en el Código Europeo de Contratos que tiene como objeto superar las diferencias de los diversos ordenamientos comunitarios para alcanzar una eficacia real. Repárese, dentro de este orden de cuestiones, que el Derecho romano ha desempeñado el trascendental papel de ser el Derecho común europeo desde el siglo xii hasta casi el siglo xx. Todo cuanto se manifiesta también es extrapolable al contexto latinoamericano, pues en tal espacio el Derecho romano es un elemento básico por su incidencia en las diversas codificaciones (así Antonio Fernández de Buján, "Derecho romano y sistema jurídico iberoamericano". En *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996).

Son muchas las bondades inherentes a la obra del prof. Fernández de Buján. Entre las múltiples, cabe destacar, en primer término, la equivalencia

o correspondencia que el autor hace entre el Derecho romano y el Derecho civil, citando, cuando resulta procedente, un buen número de artículos del Código civil actual –de 1889–. Esta relación, acertada y necesaria, por sus bondades, se acomete, con extraordinaria avidez y sutileza, sobre todo a propósito de aquellos aspectos del Derecho romano que han tenido incidencia en el Derecho privado actual –aunque dentro de dicha materia podríamos enumerar numerosos temas, podemos reseñar, entre otros, el derecho de propiedad y los distintos derechos reales; y clasificación y fuentes de las obligaciones–. De igual manera, parecen muy oportunos los elementos comparativos que se hacen respecto a otros códigos europeos.

Como apunta el autor, los códigos representan una evolución ciertamente compleja en la que, dicho sea de paso, se entrecruzan diversas influencias. Así, respecto al texto que nos ocupa, el Código civil, están presentes elementos de distinta índole (Derecho romano, germánico, canónico y otros). Todo ello pone de manifiesto que el Derecho romano continúa siendo fundamental para asimilar el Derecho actual. No debe obviarse que el Derecho romano supone trece siglos de experiencia, susceptible de aportar una completa formación jurídica dirigida al conocimiento del Derecho, pero también para su crítica, cuando sea procedente, y para, llegado el momento, su eventual reforma (el jurista se libera de la visión legalista). La evolución inherente al Derecho puede comprenderse gracias al Derecho romano –la historia es, entre otras cosas, el nexo de unión entre el pasado y el presente–. En definitiva, por los motivos enunciados y por otros conexos, podemos manifestar que la disciplina romanista se erige en un instrumento de formación jurídica general.

El Derecho Romano fue el único que llegó al descubrimiento del Derecho privado, conquista que representa hoy el patrimonio de todos los pueblos. Como determina Rudolf von Ihering, *El espíritu del Derecho Romano*, Comares, Granada, 1998, la idea a la que el Derecho Romano ha dado cuerpo es la de que todas las relaciones de Derecho privado son relaciones de poder, la de que el poder de la voluntad es el prisma de la concepción del Derecho privado y que toda la teoría del Derecho privado no tiene más misión que descubrir y determinar el elemento de libertad y poder en las relaciones de la vida. No en vano, conforma uno de los pilares centrales sobre el que se apoya el Derecho privado nacional y europeo (Federico Fernández de Buján, "Aportación del Derecho Romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea". En *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999). A este último respecto, repárese en el valor que el Derecho romano tiene para el Derecho privado comunitario, pudiéndose afirmar, si me permiten la expresión, que este último se erige en el Derecho romano actual. Y es que, en efecto, una de las múltiples virtudes de esta obra estriba en relacionar el Derecho romano con el actual Código civil español. Como apunta, en este orden de cuestiones, el propio autor no hay un Derecho romano, como si fuese intemporal y abstracto, sino un Derecho romano que, como todo Derecho, estuvo en evolución.

La metodología empleada por el autor, en numerosos aspectos, es pionera, digna de elogio y muy oportuna. Cabe aquí destacar, las cuantiosas citas doctrinales –en el cuerpo del texto– no solamente de los autores propios del Derecho Romano (Savigny, Ihering, Fuenteseca, D´Ors, entre otros), sino también de reconocidos civilistas (valgan los ejemplos de Díez Picazo, José María Miquel y Lacruz). De igual manera, no deben pasar desapercibidas las numerosas citas que realiza a propósito del Digesto. Puede, en consecuencia, afirmarse que el autor marca una novedosa tendencia, rompiendo, de esta manera, con modelos decimonónicos que, obviamente, estaban ciertamente extendidos en el ámbito romanista. Asimismo, en línea con lo apuntado, las obras del destacado Maestro, Fernández de Buján, han sido recensionadas no solo por romanistas (así, entre otros, Luis Rodríguez Ennes y María Salazar Revuelta), sino también de civilistas (Iñigo Navarro Mendizábal) y otros prácticos del Derecho como reconocidos notarios (puede, en este último sentido, citarse al prestigioso Dr. Ángel Serrano de Nicolás).

Mención especial merece la estructura de la obra que nos ocupa. Se compone de XXXIV magníficos y equilibrados capítulos. En este sentido, podemos advertir que se dedican a las siguientes materias: Conceptos. Dicotomías del *Ius* –capítulo I–, en la que se estudian conceptos básicos del Derecho con carácter general; Proceso y jurisdicción y diversas cuestiones conexas –capítulos II a VII–; la persona y algunas cuestiones vinculadas a la misma como la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, las causas modificativas de cada una de ellas y la persona jurídica –capítulos VIII a X–; Derecho de Familia –capítulos XI y XII, donde examina, entre otras materias, las uniones de hecho, el contubernio –uniones entre libres y esclavos– y el divorcio; Negocio Jurídico –capítulos XIII y XIV–, generalmente poco tratado en otros manuales de la disciplina, en el que incluye la categoría dogmática del mismo, la representación necesaria, voluntaria, indirecta y directa, y la sustitución; y, finalmente, se afrontan los derechos reales –capítulo XV a XXIV–, así como la teoría general de las obligaciones –capítulo XXV hasta el final–, abordando sugerentes cuestiones como su clasificación o el incumplimiento de las obligaciones. La sistemática por la que opta el autor merece una doble apreciación. Por un lado, el hecho de que se incorporen un elenco de capítulos sobre el Derecho procesal aporta un sugerente examen de las alternativas, tanto judiciales como extrajudiciales, que existen para la tutela de los derechos. En segundo lugar, a efectos didácticos, resulta muy oportuna la vinculación que se efectúa de todo el derecho de familia con la persona. En suma, como es conocido, persona y familia constituyen dos elementos fundamentales de la vida romana. En sede final, se incorpora un índice analítico de notable utilidad, ya que el mismo, entre otros aspectos, permite localizar, de manera rápida y ordenada, cualquier categoría jurídica esencial vinculada con el Derecho privado romano.

La novena edición, correspondiente a septiembre de 2016, incorpora ciertas novedades dignas de reseña. En primer lugar, el capítulo III se amplía en virtud de un nuevo apartado rubricado “Abogacía y abogados”. En el

Digesto –Libro III: Título I, 1,2–, Ulpiano se manifestó a propósito del término "abogar" como –exponer en derecho ante el que ejerce jurisdicción, la pretensión propia, o la de un amigo, o contradecir la pretensión de otro–. Aunque, como acertadamente se manifiesta, tal actividad fue conocida y disciplinada, por parte de los diversos ordenamientos jurídicos avanzados e influyentes –caso del asirio-babilónico, el egipcio, el judío y el griego–, ninguno de ellos logró el nivel alcanzado por Roma en diversas facetas (desarrollo, madurez y perfección). De hecho, llegó a convertirse en una profesión cuyo régimen jurídico se posiciona en el paradigma tanto para la abogacía europea como para las culturas de los demás continentes. En Roma, ha de tomarse conciencia de que derecho y política constituyen fenómenos interrelacionados a los que no es ajena la abogacía tan sensible a los cambios políticos, sociales y económicos que acontecen en la sociedad romana que, como es conocido, está en constante expansión y desarrollo (Antonio Fernández de Buján, "El abogado en Roma", *Revista de Derecho Romano*, núm. 24, 2015). La figura que comentamos, desde sus orígenes hasta la actualidad, ha cumplido una importante función social. En segundo lugar, el capítulo X, dedicado al *status libertatis* ha sido objeto de reducción a un único apartado –suprimiendo, a tal efecto, los subapartados presentes en las anteriores ediciones–, del que se pueden extraer diversas sugerentes conclusiones que pasamos a enumerar. Como en todos los Derechos antiguos, en el Derecho Romano, resulta vigente la distinción entre libres y esclavos. La esclavitud se erige en aquella institución en virtud de la cual un determinado individuo está en calidad de cosa perteneciente a otra que, dicho sea de paso, podía disponer, de forma plena, del mismo –del mismo modo que de cualquier otro objeto de su patrimonio–. Por decirlo en otras palabras, el esclavo está en una posición negativa respecto al hombre libre. En definitiva, podría manifestarse que estamos ante personas que se encuentran en un estado de severa degradación jurídica. Igualmente, como el autor revela, los grandes pensadores griegos se plantearon las posibles razones, éticas y filosóficas, de la esclavitud. Ha de repararse que en el Derecho romano tuvieron una especial incidencia en la concepción de la esclavitud el estoicismo y el cristianismo. Lamentablemente, la esclavitud ha sido parte de la historia de la humanidad, hasta hace relativamente poco tiempo, si bien imperan situaciones actuales que resultan susceptibles, en mayor o menor medida, de incardinarse en la misma. Piénsese, a título de ejemplo, en la trata de seres humanos, el trabajo forzoso, el matrimonio forzoso y la venta de mujeres con fines de matrimonio. Aunque la esclavitud, como decimos, existió desde tiempos remotos, lo cierto es que la primera herramienta internacional que condenó tal deleznable práctica fue la Declaración de 1815 sobre la abolición universal de la trata de esclavos. Desde entonces, se han sucedido numerosos acuerdos internacionales, pudiéndose afirmar que, a pesar de lo inicialmente esperado, ninguno de ellos fue plenamente efectivo frente a tal lacra.

Especialmente sugerente, por lo que a los contenidos se refiere, resulta el capítulo VII dedicado al arbitraje. En los primeros siglos de Roma des-

empeña una función de primer orden y, como afirma el autor, representa no solo un complemento o alternativa a la jurisdicción, sino que también se erige en un instrumento de resolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial elegido de común acuerdo por las partes interesadas. La institución arbitral, como pone de relieve Fernández de Buján, presenta orígenes remotos, pero su utilidad es indiscutible hasta nuestros días. De hecho, en este orden de cuestiones, el arbitraje ostenta un destacado papel, a propósito de los sistemas de autorregulación, en el ámbito del comercio electrónico y de la publicidad –no solo en España, sino en el espacio comunitario e internacional– ideados hoy día para, precisamente, resolver los conflictos que se suscitan entre consumidores y/o usuarios y empresarios que, voluntariamente, se adhieren a un código de conducta.

Los sistemas de autodisciplina, y lo que los mismos representan, están, en cierto sentido, vinculados con lo que se denomina *soft law* –cuya traducción, más o menos, literal podría ser la de Derecho blando o suave– en contraposición a la norma obligatoria aprobada por el legislador –*hard law* o, en términos latinos, *dura lex*–. El Derecho suave siempre ha estado, en cierta medida, presente en los sistemas jurídicos. Es más, el Derecho Romano conceptualizaba estas formas de regulación como *leges imperfectae*. A este último respecto, debe apuntarse que las *leges rogatae*, que nacen de la colaboración entre los magistrados –cónsules–, los comicios –por centurias– y el Senado, ostentaban una serie de elementos, a saber: la *praescriptio* –mención del magistrado que había tomado la iniciativa y datos sobre la asamblea comicial que había dado su aprobación–; la *rogati* –contenido dispositivo de la norma–; y la *sanctio* –determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la norma–. En este sentido, cuando la norma no presentaba *sanctio*, se hablaba de una *lex imperfecta*.

Podríamos, sobre este particular, disponer que las normas derivadas de la autodisciplina de los agentes que, en este sector de la industria, interactúan, pueden ser reputadas reglas deontológicas que delimitan la diligencia exigible en el cumplimiento de los deberes asumidos por un prestador de servicios. Asimismo, suponen un grado de diligencia más elevado de lo que otros prestadores de servicios de la sociedad de la información, no adherido (voluntariamente) a un sistema de autodisciplina, pueden observar. Todo cuanto se plantea entronca con el estándar mercantil de diligencia del empresario. Ahora bien, para definir este sugerente concepto, centrado en el prestador de servicios de la sociedad de la información, habrá que apartarse del conocido modelo del denominado buen padre de familia contenido en el art. 1104 del CC. El modelo del buen padre de familia podría encontrar su origen en el *paterfamilias* del Derecho Romano, con ciertas diferencias (Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987). Puede, no obstante, manifestarse que el estándar de diligencia del empresario es precisamente la del ordenado empresario, naturalmente dentro del área en el que efectúe su actividad –entre las que deben considerarse incluido las telecomunicaciones en sentido amplio– que

resulta superior a la predicable de lo que podría reputarse un ciudadano común o medio.

Entre la enorme variedad de aspectos abordados que pueden vincularse con la realidad actual, además del mencionado, especial consideración merece el formalismo, tratado a propósito del capítulo XIII. En palabras del autor "la afirmación, usual en determinados ámbitos, según la cual el Derecho Romano habría sido un ordenamiento jurídico especialmente formalista, es un tópico sin fundamento". Concluye que "acaba caracterizándose precisamente por la prevalencia, en su sistema jurídico, de los negocios libres de forma". Decía CASTÁN que la forma es el medio en virtud de la cual se produce y exterioriza la declaración de voluntad. IHERING, por su parte, afirmaba que el formalismo representa "una etapa necesaria en la historia del desenvolvimiento del espíritu humano". Otros autores, como PLANIOL, identificaron dos aspectos que coadyuvaron a que el Derecho romano perdiese su carácter formalista. Por un lado, las propias necesidades del comercio determinaron que sus actividades se terminasen acometiendo con cierta celeridad. Por otro lado, cuando la cultura avanzó, de manera sensible, la propia escritura permitió un medio de prueba que hacía inservibles las vetustas formas simbólicas. Si bien es cierto que el principio general en materia de Derecho civil es la libertad de forma –principio espiritualista–, de acuerdo con múltiples preceptos –como el 1254, 1258, 1261, 1278, 1279 y 1280 del CC–, existen espacios, como el Derecho de consumo, donde impera el formalismo. Contracto deriva del latín *contractum*, participio pasivo del verbo *contrahere*. A este respecto, determinó Roberto RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, Milán, 1921, que *contractus* significaba para los romanos la relación que se constituye mediante el acuerdo y no el acuerdo mismo.

Así, en el supuesto de que se realice la contratación con consumidores deben observarse determinadas formas especiales de celebración de los contratos. En este orden de cuestiones, por su interés, cabe detenerse en los deberes precontractuales de información. La admisión de los mismos, como una determinada categoría, obedece a una evolución tardía que está ligada a los cambios de carácter social, así como al objeto del comercio.

En el Derecho Romano, se consideraba que a cada una de las partes le correspondía informarse y, en consecuencia, adquirir los conocimientos necesarios al momento de celebrar un contrato. De hecho, de acuerdo con la máxima *caveta emptor* –que significa "que se cuide el comprador", doctrina de la ley de la propiedad que manifiesta que la responsabilidad de una compra recae en el comprador, quien deberá tomar las medidas convenientes para asegurarse previamente de la calidad de lo adquirido, con la finalidad de descartar posibles reclamaciones futuras al vendedor–, o bien *emptor debet esse curiosus* –q*ue podría traducirse como que* "*el comprador debe ser curioso*"– es a cada una de las partes a la que le incumbe satisfacer sus intereses con el objeto a negociar. Esta situación se prolongó durante el Derecho clásico y moderno, en concreto hasta cuando se empezó a estructurar la responsabilidad precontractual. Los deberes precontractuales de operar cierta información representan una sugerente manifestación del suministro

de información como instrumento apto para proteger a la parte más débil en una determinada relación contractual caracterizada por la concurrencia de determinadas asimetrías informativas. Uno de los ámbitos en los que precisamente inciden los instrumentos derivados de la autorregulación, a los que antes aludimos, es el precontractual.

Los grandes principios generales de la contratación siguen cobrando vigencia, como no podía ser de otra manera, en materia de contratación electrónica. Así, a título de ejemplo, el art. 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico incorpora el principio de libertad de forma. En efecto, los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Asimismo, se equipara la forma escrita a la incluida en un soporte electrónico. Ciertos autores han estudiado las relaciones entre esta moderna fórmula de contratación y la disciplina romanista (así, entre otros, Ramón Jesús Fernández De Marcos Morales, *La contratación electrónica y sus conexiones con el Derecho Romano*, Grerüst Creaciones, Madrid, 2010).

Los diversos temas tratados, por el eminente profesor Fernández de Bujan en esta obra, se efectúan en gran parte desde un punto de vista evolutivo. En otros términos, el autor, con buen criterio, tiene en consideración los distintos y múltiples procesos de carácter histórico por los que se ve afectada una determinada institución. Tal afirmación resulta visible en diferentes aspectos, pudiendo enumerar, entre los mismos, el derecho de propiedad –su concepto y límites se examinan citando tanto las fuentes romanas como el Código civil– o la posesión, sin perder de vista otros, no menos relevantes, como la familia y el matrimonio. Este último, en palabras del autor, "como toda institución que tiene una institución de siglos es un producto histórico". Continúa, advirtiendo, a este respecto, que es "la expresión, en cada época, de una moral y de unos usos sociales, en la que se reflejan, si bien en una mayor medida en unas etapas que en otras, las tensiones, equilibrios, resistencias y oscilaciones, que las nuevas realidades o los cambios de mentalidad en una parte del universo social, producen en la valoración intrínseca de la institución, así como el juego de fuerzas contrarias que aspiran a su conservación o remodelación".

Recapitulando, podemos determinar que nos encontramos ante una obra de indiscutible referencia, no solo en materia de Derecho romano, sino del Derecho privado actual. Como antes manifestamos, su contenido es oportuno no solo para el alumno que toma inmejorable conciencia de la disciplina, a través del mismo, sino para los juristas –nóveles y consagrados– que busquen acercarse, con renovados enfoques y materias tratadas, a los fundamentos del Derecho privado moderno. Puede, en suma, afirmarse que estamos ante una obra majestuosa, que ostenta numerosas prerrogativas, que no han de pasar inadvertidas, como, entre otras, son el predominio de una exposición sencilla, didáctica o pedagógica y extraordinariamente ordenada, su cuidada redacción, y el uso de una terminología jurídica oportuna,

básica en el ámbito del Derecho privado. A todo ello coadyuva el hecho de la ausencia de notas a pie de página –a diferencia de otros también relevantes como D´Ors, Guzmán Brito e Iglesias que recurren habitualmente a este sistema de citas o referencias– que parecen ser más propias, por ser dirigidas, preferentemente, a la investigación (nivel que generalmente no ostenta el alumno de primer año de Derecho). Ahora bien, sí que estimo que, como hacían otras ediciones previas, hubiera resultado oportuno seguir incluyendo –y no haber suprimido– la bibliografía final, amplia y actualizada, lo que permitía seguir avanzando –como continúa haciendo, con buen criterio, el Manual de Derecho Público Romano, del mismo autor, ya en la 19.ª edición–. Uno de los motivos de la supresión puede ser agilizar la lectura del destinatario final de la obra que no es sino el alumno.

Este manual es, en definitiva, una loable manifestación de dominio académico en el sentido más amplio de la expresión, afirmación que resulta extensiva a otras del mismo autor. Esta última únicamente es alcanzable por aquellos respetados eruditos que, por su contrastada experiencia, nacional e internacional, han alcanzado una reconocida autoridad –fruto del alto grado de madurez intelectual–. Es, naturalmente, el caso del maestro Fernández de Buján cuyo magisterio es admirable por cualquier estudioso del Derecho. El Derecho romano sigue siendo la base dogmática del Derecho privado en sentido amplio. El contenido del manual que se comenta, de máximo respeto y admiración, representa una oportunidad para poder entender las bases del Derecho civil continental –*Civil Law*– pero también del Derecho común –*Common Law*–. Debe precisarse, no obstante, que tales Derechos –el *civil law* o Derecho continental europeo y el *common law* o Derecho angloamericano– no son sistemas jurídicos incompatibles ni irreconciliables. La primera tarea en el camino hacia un Derecho global sería, justamente, estudiar, en concreto, un proceso de unificación o integración de ambos sistemas, que ya está, de hecho, produciéndose y, ese proceso, lo facilita el dato innegable de que ambos son herederos del Derecho romano.

No debe considerarse, en modo alguno, baladí el hecho de que los actuales ordenamientos jurídicos –comunitarios y de América Latina– u otros más desconocidos para muchos –como algunos asiáticos (caso de Japón o de China), o Turquía y Filipinas– pueden concebirse a través del Derecho romano.

LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

de Carrancho Herrero, M. T.
prólogo de C. Rogel Vide.
Vol. de 314 pp.
Colección Derecho del Consumo.
ed. Reus, Madrid, 2016.

José María de la Cuesta Saenz
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Burgos

La monografía a la que se dedican estas líneas es obra de una autora sobradamente conocida entre otras cosas por otras aportaciones en el tema de las personas jurídicas, que vierte además a lo largo de las páginas de este nuevo libro su amplia experiencia docente en cursos de especialización en Derecho del consumo.

Los más de treinta años transcurridos desde la entrada en vigor en España de la primera Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, permiten tener ya por consolidados los nuevos institutos e instituciones que entonces aparecieron en el horizonte de los juristas, y que estaban llamados a cambiar muchas cosas en nuestro Derecho privado.

La peculiar constitución jurídica del Reino de España ha mantenido fuera del Código civil, por el momento, el profundo influjo que en materia de contratación privada había de tener la armonización auspiciada por la Unión Europea, y ha producido tal vez un error de enfoque que ha llevado a muchos juristas a concebir el Derecho del consumo como un derecho especial, en lugar de como un cambio profundo y necesario en el Derecho común de los contratos, o al menos, tal y como magistralmente calificó F. DE CASTRO, como un límite intrínseco de la autonomía privada.

Pero estamos en momentos en los que hay que abandonar ese errado punto de vista y enfocar el Derecho del consumo como lo que realmente ha sido y ha significado: un necesario y profundo cambio de rumbo en el Derecho común de los contratos, que trasciende a ese grupo, imposible de definir con precisión, que son los consumidores, grupo que ha servido por otra parte, como punta de lanza y como motor de tal cambio.

Pues bien, en el armazón institucional que el Legislador proporcionó a la defensa de los consumidores y usuarios, las asociaciones de consumidores

y usuarios han desempeñado un importante papel que la autora de la monografía destaca como punto de partida de su trabajo, antes de profundizar en su concepto, y en sus fines legales de defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios.

Aborda seguidamente la autora las especialidades dentro del campo de los entes asociativos que caracterizan a estas asociaciones en lo referente a su constitución y registro, materia en la que concurren normas de rango constitucional, de origen estatal y de origen autonómico, incidiendo con especial detalle en la necesidad de inscripción en el Registro estatal de las asociaciones de ámbito suprautonómico y en los procedimientos de entrada y salida de tal Registro.

Seguidamente la autora examina las exigencias de independencia y de transparencia de las asociaciones de consumidores, reguladas como no podía ser de otro modo por la legislación estatal y autonómica, con la consiguiente tipificación de conductas prohibidas (inclusión de personas jurídicas con ánimo de lucro, percepción de ayudas de empresa, comunicaciones comerciales de bienes o servicios, autorización de uso de imagen a operadores del mercado, incumplimiento de obligaciones impuestas por la transparencia, y desarrollo de funciones ajenas a sus fines).

La transgresión de las prohibiciones derivadas de ley estatal o autonómica, puede comportar la pérdida de la condición de asociación de consumidores tras el correspondiente expediente sancionador, que no afectará a la subsistencia de la asociación, aunque sí a su consideración en relación con los consumidores.

No obstantes las examinadas exigencias de independencia y transparencia, las asociaciones de consumidores y usuarios pueden lícitamente participar en sociedades mercantiles tras abrirse esta posibilidad por efecto de la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de consumidores y usuarios, con la finalidad de facilitar el recurso a fórmulas empresariales para la gestión de las actividades de información y formación de las asociaciones de consumidores y usuarios, pero han de hacerlo solamente con otras asociaciones de consumidores y, en su caso, repartir únicamente con ellas el lucro obtenido, materia ésta a la que la autora dedica cierta atención pues las obligaciones adicionales que en tal caso se asumen pueden dar lugar a sanciones administrativas y penales en caso de ser infringidas.

El cúmulo de obligaciones que cualifican a estas asociaciones, viene a ser la contrapartida de los derechos específicos que reconoce el ordenamiento jurídico a las asociaciones de consumidores suprautonómicas inscritas en el correspondiente Registro estatal, entre los que la autora estudia la posibilidad de optar a la declaración de asociaciones de utilidad pública, de conformidad con los artículos 32 a 35 de la Ley Orgánica de Asociaciones y con el R.D. 1740/2003, es decir dentro del régimen general de las asociaciones, con las importantes consecuencias que tal declaración puede tener a efectos fiscales y de ayudas públicas.

Precisamente este derecho a percibir ayudas y subvenciones públicas es el segundo derecho de las asociaciones de consumidores y usuarios que la

autora estudia, y que vendrá regido por las correspondientes convocatorias públicas y por la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, Ley General de Subvenciones.

El tercer derecho que se estudia es el derecho de representar a sus asociados, que no es ya un derecho instrumental sino un derecho próximo al núcleo mismo de su objeto social, pero que la autora cuida de definir como una representación institucional distinta de las representaciones legales o voluntarias, y que conforme al artículo 24 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es una representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios, a la que se añade una sustitución procesal en el artículo 57.3 de la citada Ley.

En consecuencia las asociaciones de consumidores tienen legitimación procesal como cualquier asociación para defender judicialmente sus intereses, pero tienen además un legitimación específica y peculiar para ejercitar acciones en defensa de los intereses de sus asociados, por lo general con la autorización expresa y personal de éstos, aunque alguna sentencia haya admitido la autorización tácita (SAP Valencia 19 junio 2008).

Por otra parte, ha sido y es una importantísima función de las asociaciones de consumidores y usuarios que la autora explica pormenorizadamente, la de que ostenta el derecho tienen derecho a accionar en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, lo que constituye una decisiva función que comportó una innovación procesal muy notable– las llamadas *class actions* –que no fue efectiva hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil que regula la materia en su artículo 11 (reformado por Ley 3/2014 de reforma del TR de la LGDCU y normas complementarias).

La innovación tiene defectos técnicos que la autora señala acertadamente (como la confusión entre intereses colectivos e intereses difusos), y plantea además problemas procesales de respuesta todavía incierta cuando concurren también acciones individuales (la STS 14 abril 2016 opta por la suspensión de las acciones individuales peo no así el TJUE), pero en lo que atañe directamente a los derechos de las asociaciones, introduce una discriminación entre ellas entre las llamadas representativas (las que forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios) y las demás que no podrán accionar en defensa de intereses difusos.

En cuanto a las acciones que pueden incoar las asociaciones de consumidores y usuario su legitimación tiene la máxima generalidad de acuerdo con el artículo 37 c) TRLGDCU, y por lo tanto se refiere a todos los órdenes jurisdiccionales. Especial interés revisten las llamadas acciones de cesación contempladas en el artículo 53 TRLGDCU objeto de reforma por la Ley 3/2014, ahora acumulables a las acciones de nulidad, de incumplimiento, de resolución y de restitución de cantidades percibidas en virtud de cláusulas abusivas lo que atribuye a estas acciones una notable virtualidad defensora de los intereses de los consumidores a juicio de la autora.

Otro derecho de notable importancia que el artículo 37 TRLGDCU concede a las asociaciones que nos ocupan es el derecho a la asistencia jurídica

gratuita en las acciones relacionadas con sus fines, examinando la autora con detenimiento la STC 217/2007 de 8 de octubre relativa a un caso de denegación de justicia gratuita a una asociación en defensa de un interés individual, que el TC considera injustificada por lo que concedió el amparo. Ello no obstante el derecho no se extiende a las condenas en costas (STS 31 enero 1998).

Aspecto clave de las funciones tuitivas de las asociaciones de consumidores y usuarios que la autora aborda con detenimiento es el relativo al control preventivo, que las asociaciones ejercitan a través de la audiencia en consulta que el artículo 8 e) TRLGDCU contempla como un derecho básico de los consumidores y usuarios que se ejercita a través de sus asociaciones oídas en el seno del Consejo de consumidores y usuarios. La autora explica que con anterioridad eran las asociaciones las que debían ser oídas y las que ostentaban la legitimación para impugnar los procedimientos por conculcación de su derecho, mientras que ahora es el Consejo de Consumidores y Usuarios. Ese derecho básico de los consumidores y usuarios se concreta por el artículo 39 TRLGDCU en la audiencia previa a la aprobación de disposiciones generales estatales del Consejo de Consumidores y Usuario estatal, y de sus homólogos autonómicos cuando se trate de disposiciones de ámbito autonómico.

El trámite de audiencia puede ser preceptivo, cuando así lo imponga la ley, o facultativo en los demás casos en que se estime oportuno, pero no resulta vinculante, si bien la omisión del trámite preceptivo viciará el procedimiento.

Pese a tales limitaciones, no cabe duda de que el control preventivo ha sido eficaz, al igual que lo es la participación consultiva de las organizaciones empresariales también prevista legalmente.

Examina también la autora la cuestión desde el aspecto institucional en el que antes el Instituto Nacional de Consumo (INC) y ahora el AECOSAN que sirven de soporte institucional al Consejo Nacional de Consumidores y Usuarios que canaliza esa función de control preventivo a través de la audiencia que compete a las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro estatal, y por último, la autora estudia el ámbito de actuación de las asociaciones de consumidores y usuarios en las normas estatales habilitadoras de sus actuaciones, comenzando por las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas, materia en la que el artículo 54.1 TRLGDCU habilita a las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones de cesación, que han intentado con éxito en numerosas ocasiones, muy notoriamente en los últimos años en los contratos de préstamo hipotecario.

Seguidamente se refiere la autora a los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, materia en la que el artículo 31 de la Ley 34/2002 de 11 de junio habilita también a las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones de cesación.

También en materia de competencia desleal y publicidad ilícita el artículo 33.3 de la Ley 3/1991 de 20 de enero (reformado por Ley 29/2009 de 30

de diciembre General de Publicidad), atribuye a las asociaciones de consumidores y usuarios legitimación para acciones declarativas de competencia desleal, de cesación, de remoción de efectos, de rectificación de informaciones falsas o engañosas, de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto en defensa de intereses generales, colectivos o difusos.

En materia de productos farmacéuticos, el RDL 1/2015 de 24 de julio que aprueba el TR de la Ley de Garantías y uso racional de los medicamentos en sus artículos 117 y siguientes legitima entre otros a las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones de cesación.

En lo referente a mercado de valores, también la normativa rectora de la CNMV prevé la consulta facultativa a las asociaciones de consumidores y usuarios, y en materia de propiedad intelectual el artículo 161 2 del TR de la Ley de Propiedad Intelectual legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para actuar en representación de los beneficiarios de las limitaciones de los derechos de los titulares recogidas por los artículos 31, 32, 34 y 37 del mismo texto legal, y de modo más inespecífico se encontrarían habilitadas como asociaciones cívicas para otra tareas de vigilancia, como la lucha contra la publicidad sexista.

Contiene por último el libro un amplísimo elenco, prácticamente exhaustivo, de jurisprudencia sobre todos y cada uno de los aspectos tratados, así como una cuidada y actualizada bibliografía, que la convierten en un excelente instrumento para acceder al conocimiento cabal de esta importante faceta del derecho privado contemporáneo, que es la defensa de los consumidores y usuarios.

EL CONTRATO TERRITORIAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL MEDIO RURAL

de Pablo Amat Llombart
y Rita Monfort Peris.
Editorial Aranzadi.
Primera edición 2016.
319 pp.

Esther Muñiz Espada
Universidad de Valladolid

El propósito de la obra es dar a conocer la figura del contrato territorial como institución jurídica dirigida a favorecer la implantación del principio de desarrollo sostenible en el medio rural. La obra permite conocer y aplicar el contrato territorial en explotaciones agrarias en activo por parte de operadores del medio rural interesados en acogerse al sistema de apoyos y contraprestaciones que dicha figura trae consigo.

En síntesis, el libro plantea el análisis del origen, concepto y reafirmación del principio de desarrollo sostenible así como la aplicación de dicho principio al medio rural y al modelo de agricultura territorial a través de la implantación del contrato territorial, del cual se estudian los elementos, contenido y efectos que lo configuran.

La obra analiza en primer lugar el origen, concepto y reafirmación del principio de desarrollo sostenible, recogiendo los instrumentos y normativas internacionales, europeas y nacionales en vigor que lo aplican y configuran. Seguidamente se aborda la implementación del principio de desarrollo sostenible en el medio rural a través de la introducción del denominado «contrato territorial», instrumento esencial para establecer un modelo de agricultura territorial y sostenible en España. El «contrato territorial» constituye el núcleo central de la obra, que incluye un actualizado, completo, exhaustivo y sistemático estudio legal y doctrinal de todos los elementos, contenidos y efectos de dicha figura contractual. Se ofrecen las claves que permiten incorporar el «contrato territorial» a la dinámica de las explotaciones agrarias españolas, facilitando el proceso de contratación a los agricultores y operadores del medio rural, interesados en acogerse al sistema de apoyos, ayudas y contraprestaciones que dicha figura contempla, todo ello

en el marco de aplicación de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural y el Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural.

El índice de contenidos de la obra contempla el concepto del principio de desarrollo sostenible: origen y consolidación; la aplicación del principio de desarrollo sostenible en el medio rural; el modelo de agricultura territorial; el contrato territorial como instrumento de las políticas de desarrollo rural sostenible; la definición, modalidades y caracteres del contrato territorial; los objetivos y finalidades perseguidas; los elementos subjetivos del contrato; los elementos subjetivos y objetivos en el contrato territorial y en el contrato territorial de zona rural; causa, forma y duración del contrato; contenido del contrato; vicisitudes e incidencias durante la fase de ejecución del contrato territorial, y la extinción de los contratos territoriales.

Como novedades fundamentales del libro, cabe citar el hecho de que la obra recoge hasta la fecha de edición los instrumentos y normativas internacionales, europeas y nacionales en vigor que configuran y aplican el principio de desarrollo sostenible. Asimismo, a nivel estatal, contempla el grado actual de aplicación de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural de 2007. Y en fin contiene un actualizado, completo, exhaustivo y sistemático estudio doctrinal y legal de la figura del contrato territorial en todos sus elementos y contenidos.

A partir de una aproximación reflexiva sobre el alcance actual del principio de desarrollo sostenible, se incide en el estudio sistemático y pormenorizado del contrato territorial, así como de las posibilidades de su implantación en el medio rural español y en el seno de explotaciones agrarias en activo.

Entre las principales fortalezas y novedades que incorpora la obra, cabe señalar las siguientes:

— Nos hallamos ante un estudio completo y actualizado del contenido y regulación del principio de desarrollo sostenible a nivel internacional, europeo y nacional.

— Contiene un análisis exhaustivo de la figura del contrato territorial, sus modalidades, caracteres, elementos subjetivos y objetivos, contenido obligatorio, así como las vicisitudes por las que podría atravesar hasta su extinción.

— La obra resulta de consulta necesaria y recomendable para los agricultores y operadores del medio rural y del sector agrario interesados de la implantación de la figura en su explotación agraria (asociaciones de agricultores, cooperativas agrarias, asesores, gestores de grupos LEADER...). En general el libro se dirige a investigadores especializados en las materias tratadas, profesores e investigadores universitarios (especialistas en derecho civil y derecho agrario, derecho rural), otros profesionales del ámbito

jurídico (colectivos de abogados, jueces, notarios, registradores de la propiedad...), técnicos administrativos del sector agroalimentario y rural, entre otros.

Y entre otros aspectos destacables, cabe señalar la forma en que se relaciona el principio de desarrollo sostenible con su aplicabilidad al medio rural español mediante la figura del contrato territorial. Igualmente destaca la metodología utilizada, donde aparte de aplicar con rigurosidad el método de la ciencia jurídica, se aportan numerosos ejemplos y situaciones prácticas que ilustran cada uno de los aspectos más relevantes de los capítulos e instituciones analizadas.

A todo ello hay que sumar la amplia especialización en el campo del Derecho agrario de los autores, la cual se ve plasmada a lo largo de la obra. En particular, el Profesor Pablo Amat Llombart, Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Politécnica de Valencia, posee una amplia experiencia investigadora en el ámbito del Derecho agrario. Ha participado en proyectos de investigación vinculados a la materia agrarista, colaborando activamente en la dirección de instituciones internacionales (Unión Mundial de Agraristas Universitarios), comunitarias (Comité Europeo de Derecho Rural) y españolas (Asociación Española de Derecho Agrario). Entre otras de sus diversas publicaciones previas cabe citar las siguientes: *La nueva PAC 2014-2020. Un enfoque desde el Derecho* agrario (Edits. Amat; Muñiz, 2015); Horizon *2020. Impulsando el sector agrario y el medio rural* (Dirs. Amat; Muñiz, 2013); *Derecho agrario, agroalimentario y del desarrollo rural* (Dir. Amat, 2011); *Derecho de la biotecnología y los transgénicos* (Amat, 2008); *Derecho agrario y alimentario español y de la Unión Europea* (Coord. Amat, 2007); *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismos transgénicos* (Coord. Amat, 2007).

PROPIEDAD INTELECTUAL EN LAS UNIVERSIDADES PUBLICAS

Titularidad, gestión y transferencia.
Vol col, coord. R. de Román.
Ed. Comares.
Granada, 2016.
393 pp.

Esther Muñiz Espada
Universidad de Valladolid

Objeto de esta obra es el análisis exhaustivo del tema de los derechos de autor en el ámbito de las universidades públicas. El número de autores y su interdisciplinariedad revelan de antemano la amplitud temática de este estudio, cuya base es la concesión de un proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad dirigido desde la Universidad de Burgos por C. Vattier y R. de Román, y dicha publicación es el resultado de varios años de investigación, abordada tanto por teóricos como prácticos, en cuanto aporta valiosas colaboraciones profesionales y cuenta además con la participación de prestigiosas universidades extranjeras.

El estudio analiza con minuciosidad la titularidad de los derechos de propiedad intelectual en relación con los distintos tipos de obras y creaciones producidas o generadas en la Universidad, el contenido y extensión de estos derechos, usos sobre ellos y transferencia de resultados de investigación o cesión también a través de medios telemáticos o plataformas de internet; a este respecto, entre las diferentes teorías sobre el ejercicio de los derechos de autor en el ámbito de las universidades públicas se acoge a lo largo de toda la obra aquella que entiende que la cesión es siempre limitada y voluntaria, exigiéndose el consentimiento expreso del autor, a diferencia de aquélla que reputa que los derechos de explotación han sido objeto de una cesión presunta a favor de la universidad, salvo pacto en contrario.

En cuanto a la titularidad de los derechos en el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, estudio abordado por R. de Román, se analiza la transmisión de derechos de autor vinculado a la universidad a través de contrato laboral o funcionarial, por tanto un análisis del art. 51 del TRLPI, y así el régimen particular del personal docente e investigador, para pasar con posterioridad a la titularidad de los derechos en relación con las obras del alumnado, en cuanto la actividad universitaria implica a sujetos

muy diferentes, estos últimos como destinatarios de la formación académica; añadiendo, así mismo, la referencia al personal de administración y servicios y sus implicaciones a este respecto. Este interesante capítulo se completa desde el punto de vista comparativo con el estudio de N. Picod, analizando de manera exhaustiva y con una completísima bibliografía los derechos de los profesores de universidad en Francia en relación con las obras que crean en el ejercicio de sus funciones. Seguidamente S. Bello parte del subsistema normativo dejado por las leyes 39/2015 y 40/2015 de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y del Régimen jurídico del sector público respectivamente, iniciándose el estudio con un oportuno repaso de los principales hitos de la regulación de las universidades públicas y de la concreta evolución normativa en cuanto al régimen del patrimonio universitario, para centrarse de manera más precisa en el régimen actual o en el tratamiento de la propiedad intelectual como activo inmaterial de las universidades públicas.

De la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre las creaciones generadas en el seno de las universidades publicas se pasa al conjunto de estudios sobre la propiedad intelectual y "sus contornos". Encabezando este análisis se presenta el estudio de C. Vattier, que bajo el título de *Panorama de la propiedad intelectual en el ámbito universitario*, trata su concepto y caracteres, elementos subjetivos y objetivos, derecho moral y derechos de explotación, duración y límites, transmisión y cesión, edición y exclusión de la venta. Toda una teoría general básica y fundamental bien estructurada para la mejor comprensión del resto de los estudios en esta obra. Le continúa la interesante aportación de T. Carrancho, sobre aquellas creaciones que están excluidas de la protección y pueden usarse libremente, así mismo en este ámbito universitario al que se refiere la obra, partiendo del art. 2.4 del Convenio de Berna. A. del Arco, de Logan Lovells, analiza las obras en dominio público en un contexto general y en el contexto académico universitario, analizando la influencia de los campus virtuales, las bibliotecas digitales y repositorios, los usos de dominio público por parte del profesorado y alumnado, nuevas ediciones, traducciones y antologías de obras en dominio público.

Sobre la utilización de obras ajenas en el marco de los límites al derecho de autor, E. Vicente analiza ampliamente los límites del derecho de cita y de ilustración con fines educativos o de investigación científica, en especial sus condiciones de uso y sus requisitos para el correcto ejercicio de sus límites, así como la responsabilidad de la universidad por el incumplimiento de estas normas. Continuando con el tema de los límites a los derechos de autor, T. Carrancho analiza el concepto y requisitos para la válida reproducción de obras protegidas, el concepto y requisitos del préstamo, remuneración a los titulares de derechos de autor y, por último, sobre la consulta en museos, bibliotecas, archivos y otras instituciones, analiza la consulta mediante terminales especializados y la copia privada en conexión con la consulta a través de terminales ubicados en determinados establecimientos. A ello le sigue el tratamiento por A. del Arco sobre el fenómeno de las obras huérfa-

nas, tratado conjuntamente con el de los proyectos de digitalización masiva de obras.

Sobre la utilización de obras ajenas con licencia, J. Díaz de Olarte, del dpto. jurídico de CEDRO, analiza los usos permitidos por los titulares de los derechos de autor a través de licencias otorgadas por entidades de gestión, como gestión colectiva del sector de obra impresa o susceptible de serlo. Seguidamente M. A. Iglesias hace un tratamiento extenso del plagio en el marco de los delitos contra la propiedad intelectual.

Sobre la transferencia, J. M. de la Cuesta aborda el estudio de la aplicación del Derecho privado a las transmisiones de derechos sobre resultados de la actividad investigadora, donde se analiza el Derecho originario y los cambios legislativos para facilitar la transferencia de resultados de la investigación, dotando a determinados entes públicos de vías de financiación; para ello, aporta un interesante análisis jurídico de los procedimientos e instituciones tanto jurídico públicos como jurídico privados en orden a esta finalidad, destacando de manera prioritaria la aplicación de normas de Derecho privado, "de mayor agilidad y eficacia", en la explotación de los resultados de la investigación y con mayor aprovechamiento en la mejora de la financiación de los entes públicos de los derechos de explotación. El trabajo es seguido de la oportuna contribución de J. M. Caballero sobre contratos de colaboración del personal investigador universitario con personas públicas o privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico a artístico o para servicios de formación y enseñanza, –art. 83 LOU–. El mismo autor analiza en extenso también la intermediación en la transferencia de los resultados de investigación a la sociedad. Estudio de la oficinas de transferencia de los resultados de investigación y otras entidades mediadoras. En esta línea, la investigación se completa con el análisis realizado por S. Bello sobre las empresas tecnológicas como herramientas imprescindibles en una sociedad del conocimiento.

Para concluir, y para hacerse una obra imprescindible, este volumen que rinde cuenta de todos los avances tecnológicos y de las cuestiones más actuales que han conformado una visión innovadora de la teoría general de la propiedad intelectual, aplicado, en este caso, a las nuevas funciones de la universidad para un nuevo tipo de sociedad, destina su apdo final al análisis de las formas y condiciones de difusión en acceso abierto de los resultados de la actividad investigadora, donde R. de Román hace un recorrido por la actual legislación española, para finalizar con el estudio de R. Caso y V. Moscon sobre la temática en el Derecho italiano y su referencia en la normativa de la UE y US.

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

NEGOCIOS FIDUCIARIOS "CUM AMICO" SOBRE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES: Notas a una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 30 de mayo y de 10 de junio de 2016)

Luis Hernando Cebriá
Profesor Ayudante doctor de Derecho mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Universidad de Valencia

Palabras clave: pactos fiduciarios, transmisión de participaciones sociales, incumplimiento contractual.

Resumen: El Tribunal Supremo mantiene en sede de trasmisión de acciones y participaciones sociales de sociedades de capital la línea jurisprudencial seguida en anteriores casos de fiducia *cum amico* sobre otros bienes, a través de sendas sentencias que confirman que la finalidad fraudulenta de la fiducia no permite negar su eficacia *inter partes*, ni consolidar definitivamente una propiedad aparente. Considera que la causa ilícita o causa falsa, esto es, la nacida de la finalidad fraudulenta, no supone falta de causa, aunque la "causa concreta" consista en eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante, de la que también sea partícipe el fiduciario. La nulidad de la fiducia, resultado de la ilicitud de la causa, no excusa el cumplimiento de la obligación de restitución nacida de la confianza depositada en el fiduciario, ni da lugar a la exclusión del efecto restitutorio fundada en una "causa torpe".

Fuente: IdCendoj: 28079110012016100346, 28079110012016800087 y 28079110012016100410.

Disposiciones legales aplicadas: artículos 6.4 y 7 del Código civil, sobre la finalidad fraudulenta y la falta de buena fe; artículos 1274, 1275 y 1276 del Código civil, sobre la causa falsa, la causa ilícita y la nulidad de los negocios jurídicos; y artículos 1.303 y 1.306 del Código civil, en aplicación de las reglas de recíproca restitución, *nemo auditur* y causa torpe.

A) HECHOS

Caso 1: *La sentencia de treinta de mayo de dos mil dieciséis*

El 16 de diciembre de 1993 Calixto y Enma concertaron con José Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío un contrato privado en el que estos cuatro últimos reconocían haber recibido en fiducia de Calixto y Enma las acciones y participaciones en las sociedades Llegarva, SL, Retintel, SL y Rentapren, SA. A su vez en el citado contrato reconocieron que su titularidad era mera apariencia, pues los títulos seguían siendo propiedad de Calixto y Enma, y se comprometieron, en consecuencia, a volver a transmitirles las participaciones y acciones cuando Calixto y Enma lo indicaran. Mientras tanto, José Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío se obligaban "para el ejercicio de los derechos políticos y económicos que puedan derivarse de la tenencia de las tan referidas acciones y participaciones, a seguir bien y fielmente las instrucciones que le sean ordenadas por los Sres. Calixto y Enma", y estos últimos a pagar a los fiduciarios todos los gastos derivados de su titularidad formal, así como los resultantes de su devolución.

Calixto y Enma reclamaron por vía judicial la transmisión de las acciones y las participaciones que José Pablo, Clemencia, Laureano y Rocío tenían como fiduciarios, mientras que éstos, por su parte, presentaron oposición por considerar que la reclamación era contraria a la buena fe, al no haber ofrecido Calixto y Enma el pago de los gastos generados por la titularidad de las participaciones y de las acciones. El Juzgado de Primera Instancia de Sabadell estimó la demanda y condenó a los demandados a entregar la titularidad de las participaciones y de las acciones, al paso que declaró, en cumplimiento de los pactos contractuales, que correspondía a los demandantes abonar los gastos ocasionados a los fiduciarios por la tenencia de los títulos, así como los que resultaran de su transmisión. La Audiencia Provincial de Barcelona, en segunda instancia, revocó la sentencia anterior, con absolución a los apelantes, al considerar que, de una parte, la causa de oposición había de haberse formulado como reconvención y, de otra, que la fiducia adolecía de una causa ilícita. Para ello arguyó que en el juicio oral D. Calixto reconoció que el contrato fue otorgado para evitar que los bienes apareciesen como suyos ante los acreedores, esto es, para burlar su responsabilidad patrimonial, lo que vicia de ilicitud la causa del

contrato e impide darle cumplimiento; causa torpe que es compartida por las partes y que excluye cualquier derecho de reclamación en virtud de dicho contrato.

El Tribunal Supremo, tras calificar el negocio de fiducia *cum amico*, señala que la finalidad fraudulenta de la fiducia no permite negar su eficacia *inter partes* y consolidar definitivamente una propiedad aparente. Por lo tanto, la concurrencia de causa torpe no excusa el cumplimiento de la obligación de restitución nacida de la confianza depositada por el fiduciante, a mayor abundamiento cuando la propiedad, por tratase de una propiedad aparente, no llegó a ser realmente transmitida entre las partes. A todo lo anterior se une que en el ordenamiento español rige un sistema causalista de transmisión de la propiedad.

Caso 2: *La sentencia de diez de Junio de dos mil dieciséis*

Don Mariano era socio mayoritario de Ecot European Coordinated Transport, SA (en adelante, "Ecot, SA") y de Salas Hermanos Madrid, SL (en adelante, "Transaher Madrid, SL"). Mediante sendas escrituras públicas don Mariano vendió primero su participación en "Ecot, S.A.", junto con la de su hermano, a don Fructuoso, que pasó así a ser su socio único, y luego en "Transaher Madrid, SL", a la misma "Ecot, SA". A esta última transacción le acompañó la venta de la marca Transaher y de un edificio sito en el término municipal de Lliça de Vall por parte de Salas Hermanos Barcelona, SL (en adelante, Saherba SL), entonces representada por don Mariano, como administrador solidario. Posteriormente, a través de una fusión mediante absorción, diversas sociedades del grupo se integraron en "Transaher Madrid, SL", sociedad dependiente de "Ecot, SA", de la que era socio único don Fructuoso.

Pasado el tiempo, tras el fallecimiento de don Frustuoso, don Mariano reclamó a sus herederos la restitución *in natura* de las acciones de las que fuera titular en "Ecot, SA" y de las participaciones de otras sociedades, para lo cual adujo que el referido fallecimiento era causa extintiva del negocio fiduciario, en su modalidad jurídica *cum amico*. Los demandados se opusieron y se negaron a reconocer la existencia de un pacto verbal de fiducia que, en todo caso, cabría reputar como un negocio simulado. Resulta acreditado en los Autos que don Mariano llevó a cabo las antedichas transmisiones solo de

forma temporal y formal, con el fin de preservar ciertos activos ante la crisis matrimonial que atravesaba y de los expedientes administrativos sancionadores y de reclamación de deudas iniciados por la Hacienda Pública y por la Seguridad Social frente a algunas sociedades de su titularidad y también frente a él, como consecuencia de la derivación de su responsabilidad, en su condición de anterior administrador. A este fin, mediante unos pactos de confianza, transmitió la titularidad formal de la parte esencial de su negocio de transportes a don Fructuoso, mediante la venta de su participación en el capital de algunas sociedades. En conczreto, las transmisiones de las acciones de "Ecot, SA" y de las participaciones sociales de Transaher Madrid SL (luego Grupo Transaher SL) buscaban separar estas sociedades, económicamente viables, de otras sociedades endeudadas e inviables (Arafresa S.L., Saherba SL, Transaher SL, Transaher Barcelona SL y Transaher Valencia SL).

El reconocimiento de esta mera apariencia de transmisión y de la pérdida de la titularidad llevó al Juzgado de Primera Instancia de Madrid a declarar la causa extintiva del negocio fiduciario *cum amico* y con ello la restitución del sesenta por ciento de las participaciones en la sociedad "Ecot, SA", postura que fue mantenida por la Audiencia Provincial de Madrid. Planteado el motivo de casación en la causa ilícita o causa falsa, esto es, en la finalidad fraudulenta de evitar el cumplimiento de sus obligaciones, el Tribunal Supremo considera que si bien la *causa fiduciae* es ilícita, por perseguir una finalidad fraudulenta, ello no supone falta alguna de causa, ya que la «causa concreta» consistía en eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante, de la que también fue partícipe el fiduciario. Esta calificación comporta, de un lado, el reconocimiento que las compraventas fueron un negocio disimulado del contrato fiduciario y, de otro, la nulidad de la fiducia. Pero esta última consecuencia, en relación con la mera titularidad formal, que no real, del fiduciario, no debe dar lugar a la exclusión del efecto restitutorio, de modo que se ha de mantener la eficacia *inter partes* de dicho pacto, por cuanto el fiduciario no llegó a ser el propietario real de las acciones.

B) DOCTRINA

1. En nuestro ordenamiento no existe una fiducia negocial típica,

por lo que es preciso acudir, en cada caso, al contenido del negocio concreto que la establece; y, en particular, a la limitación fiduciaria, para advertir si se ha previsto con eficacia real o simplemente obligacional. De esta forma, el contenido de la limitación fiduciaria condiciona el contenido de las acciones que correspondan al fiduciante.

2. En la fiducia *cum amico*, frente a la reclamación de las participaciones y acciones objeto de la fiducia, los fiduciarios no podían oponer la previsión contenida en el artículo 1306 del Código civil, respecto de la concurrencia de causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las participaciones y las acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes. En todo caso, se ha de mantener el carácter causal de nuestro sistema de transmisión de la propiedad.

3. Si las acciones objeto de la fiducia ya no existieran, el derecho de los demandantes a la entrega, resultante de la condena de dar cosa específica, se transforma en ejecución de sentencia en un cumplimiento por equivalencia (Auto aclaratorio a la sentencia de treinta de mayo de dos mil dieciséis de fecha dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis).

4. La finalidad fraudulenta, lejos de poder ampararse en el ámbito subjetivo de los motivos o móviles que llevaron al fiduciante a realizar la transmisión, puede ser un elemento determinante de la "causa concreta" del negocio fiduciario celebrado, es decir, del propósito práctico que las partes quisieron conseguir con dicho negocio considerado en su unidad. Ahora bien, la finalidad fraudulenta de eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante, de la que sea partícipe también el fiduciario, comporta la nulidad del negocio en cuanto se opone a las leyes en sentido de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil.

5. En el negocio fiduciario bajo la modalidad *cum amico*, con la finalidad de la transmisión de las acciones (disimulada bajo compraventas) para fines de mera titularidad formal, que no real, del fiduciario, la declaración de la ilicitud de *causa fiduciae* no permite la excepción del efecto restitutorio propia de la regla *nemo auditur* del artículo 1306 del Código Civil.

C) COMENTARIO

1. Configuración de la fiducia *cum amico* en nuestro sistema jurídico: efectos para las partes. La fiducia goza de una antiquísima tradición como "herencia" del Derecho romano. En la evolución de esta figura jurídica, las "sustituciones fideicomisarias", destinadas para conservar los bienes vinculados a una sola familia, se trasladaron al llamado *pactum fiduciae*, que implicó un acuerdo entre vivos con obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias. Así, desde la pandectística la fiducia ha mantenido su validez y vigencia hasta nuestros esquemas tradicionales, no obstante su preminente carácter atípico (1). Con todo, todavía se contempla algún caso típico, sin perjuicio de su reconocimiento en algunos derechos forales en el ámbito del Derecho sucesorio, como la "sustitución fideicomisaria", que se extiende incluso fuera del ámbito familiar, si bien sujeta a fuertes restricciones, para que un heredero conserve un determinado patrimonio o lo trasmita a un tercero (cfr., art. 781 ss. CC) (2).

Pero llegados a este punto conviene separar la fiducia de garantía y de la fiducia a fin de administración, como dos instituciones que nacen de una realidad bifaz. Mientras en la *fiduciae cum creditore* o de garantía, el deudor transfería por *mancipatio* o *injure cessio* la propiedad de un bien con el encargo de que le fuera retransmitido toda vez la obligación fuera satisfecha, en la *fiduciae cum amico*, el fiduciante transfería los bienes y con ellos sus facultades de uso al fiduciario, quedando éste sometido a un compromiso de confianza

(1) En torno a su evolución histórica, desde una *imaginaria venditio* romana, hasta nuestros días, en los que se reconoce una venta efectiva en favor del fiduciario, Fuenteseca Degeneffe, C., *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 26 y ss., esp. pp. 52-3.

(2) Acerca de estas cuestiones, Serrano de Nicolás, A., "Planificación sucesoria: el testamento en la sucesión anómala y las transmisiones "parasucesorias", *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales* (coords. M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill), vol. 1, 2010, ed. Bosch, Barcelona, pp. 3-53, pp. 7-9; y Fuentes Martínez, J. J., "La conservación y continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio", *ibídem*, pp. 219-268, p. 265-6.

hasta su devolución (3). Dentro de esta modalidad, cualquier bien que sea propiedad del fiduciante o fideicomitente puede, en principio, ser objeto del negocio, y con ello su extensión del Derecho común y civil al Derecho mercantil, dentro de la libertad de pactos que inspira nuestro régimen contractual y a falta de una unificación de nuestro Derecho de contratos (4). Tal es el caso de la transmisión de las acciones y participaciones sociales en las sociedades de capital que son objeto de análisis, desde diferentes perspectivas, por las sentencias que, en aplicación del derecho y aun a falta de sustento normativo, han tenido que resolver las cuestiones planteadas en cada supuesto de hecho concreto.

Es cierto que en nuestro ordenamiento no existe una fiducia negocial típica con carácter general, lo que obliga a acudir, en cada caso, al contenido del negocio concreto que la establece. La ausencia en el Código Civil español de referencia alguna a la fiducia obliga, en particular por lo atañe a los efectos del negocio fiduciario, a desentrañar la naturaleza jurídica de la figura, en cuya labor son ciertamente relevantes las aportaciones doctrinales y las orientaciones jurisprudenciales que le procuran la necesaria seguridad jurídica de la que toda institución ha de gozar. En este punto, dada su atipicidad, la finalidad perseguida por los contratantes, esto es, la causa negocial, y las prestaciones asumidas por cada parte, en relación con su contenido, adquieren singular trascendencia, independientemente del *nomen iuris* atribuido al negocio jurídico que lleven a cabo o del desconocimiento de la concreta figura contractual que les resulte de aplicación (5).

La falta de una regulación específica, aun de carácter subsidiario, confiere una mayor autonomía a la libertad contractual, lo cual no debe empañar la necesidad de atender a unos caracteres configuradores que permitan su identificación en una específica sede

(3) Como antecedente, véase en las Instituciones de Gayo (II, 60): "sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint".

(4) En nuestra doctrina supone una referencia obligada, Garrigues Díaz-Cañabate, J., *Negocios Fiduciarios en el Derecho Mercantil*. Cuadernos Civitas, ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 45 ss.

(5) Sobre la conveniencia de mantener su carácter atípico, ante la imposibilidad de encorsetar esta figura en un específico régimen jurídico, Garrigues Díaz-Cañabate, J., *cit.*, p. 99.

negocial, en consideración a la causa y el objeto del contrato y, en correspondencia, a las prestaciones convenidas por las partes. El particular caso del negocio fiduciario, en la modalidad ahora examinada de la fiducia *cum amico*, requiere la presencia de una persona de confianza, un "amigo" que actúe como titular fiduciario de unos bienes, lo que excluye, frente a terceros, que haya de revelar la identidad del fiduciante. En este marco, la transmisión de la propiedad juega un papel crucial dentro de todo el constructo, aun cuando se pueda calificar de provisional o no definitiva. En virtud de ello, conviene discriminar todas aquellas relaciones que dan lugar a contratos de fiducia de aquellas otras de las que surjan meras relaciones de mandato, de comisión o de préstamo.

En estos contornos, seguramente sea el contrato de mandato o de comisión, en sede de los contratos mercantiles, en su forma de representación indirecta, cuando el mandatario o el comisionista actué en nombre propio, el ámbito en el que se difuminen las fronteras entre ambos negocios (6). Así, el mandatario queda "obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo" y el comisionista "no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare" (*vide* art. 1717 del Código civil y art. 247 del Código de comercio). Pero en este caso, se ha de tener en cuenta que si el comisionista posee lo hace por cuenta del comitente, de forma que la operación lo es en favor de tercero y a través de la *constituto posesorio* o recepción en consignación, no adquiere propiedad alguna respecto de los objetos sobre los cuales recae el mandato. Esto no contradice, sin embargo, que el mandatario o comisionista quede obligado de modo directo frente al tercero contratante, pues como reconoce el artículo 1717 del Código civil, cuando se trate de cosas propias del mandante, éste asume las obligaciones resultantes de tal relación, sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario (7).

(6) Así lo manifiesta Garrigues Díaz-Cañabate, J., *cit.*, p. 53, si bien mantiene que lo esencial en la fiducia es la transmisión al fiduciario de una cosa o de un derecho.

(7) Sobre la conveniencia de integrar la atipicidad de la fiducia, en las relaciones *inter partes* del fiduciante y del fiduciario, a través de las normas

Cabe apreciar, no obstante, el concepto más amplio del mandato o, incluso de la comisión, que pueden recaer sobre cualquier negocio, acto y operación de comercio, sin necesidad de que se trate de un mandato de compra o de venta, mientras que el contrato de fiducia toma como base la transmisión de un objeto determinado. La atipicidad de este negocio ha llevado a considerar que se ha de estar al contenido de las limitaciones impuestas al fiduciario para apreciar convenientemente las facultades que el fiduciante se reserve, lo cual incluso puede tener cierta trascendencia en el plano obligacional o real. Pese a ser esto cierto, no lo es menos que un correcto entendimiento de la fiducia "cum amico" o para administración exige reconocer que en la relación negocial tiene lugar una suerte de inversión de la teoría del "título y del modo" que tradicionalmente sustenta nuestro Derecho de contratos.

A partir de la "teoría del doble efecto", en el marco del desarrollo de esta relación, en primer lugar tiene lugar una transmisión de la propiedad de los bienes, con eficacia real, en favor de fiduciario, quien, por lo tanto, adquiere la plena propiedad de la cosa y las facultades que le son inherentes. Transmitida la propiedad, en el plano interno obligacional, su comportamiento, incluida la disposición de los bienes, queda comprometido por el *pactum fiduciae* al fin para el cual le son entregados, lo cual comporta una obligación de restitución cuando le sean reclamados (8). Esta confluencia del modo de transmisión, que no de la mera posesión, sujeto a los condicionantes derivados de una relación obligacional basada en la "confianza", ha llevado al Tribunal Supremo a negar la "titularidad real" del fiduciario, que solo se presenta como el titular "formal" o "aparente", y por lo tanto, no como un auténtico dueño (9).

Esta perspectiva atribuye el dominio del bien al fiduciante, en atención a que el mecanismo jurídico de la fiducia, en su conjunto,

---

que rigen el contrato de mandato, Fuenteseca Degeneffe, C., *cit.*, p. 210, y De Arespacochaga, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 25.

(8) Sobre este "doble efecto", por todos, Garrigues Díaz-Cañabate, J., *cit.*, pp. 20 y 40-1, y Virgós Soriano, M., *El Trust y el derecho español*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 49-50.

(9) Critica este concepto de "titularidad formal", por la confusión que genera, y aboga por referirse a una "propiedad fiduciaria", Fuenteseca Degeneffe, C., *cit.*, pp. 218-9.

queda configurado en su interés (10). Aun cuando esta última consideración resulta acertada, no se puede compartir que el fiduciario no sea un "titular real" (11). En la fiducia acontece un efectivo desplazamiento patrimonial en favor del fiduciario, que hace suya la cosa, y al menos así trasciende frente a terceros. De este modo se reconoce, verbigracia, en la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles a través de la escritura pública y con su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, que el fiduciario, como nuevo titular, responde públicamente con esos bienes frente a cualquiera, pudiendo ser objeto de cualquier traba real (12). También cuando, como en el supuesto que nos ocupa, se trate de acciones o de participaciones sociales, mediante escritura pública o endoso, y se dé cuenta de la transmisión al órgano de administración a efectos de considerar al fiduciario como socio de la entidad, en cuyo caso gozará de las facultades de disposición de las acciones o de participaciones sociales según el régimen legal y estatutario establecidos (cfr, *arts. 104 a 106 y 120 LSC*) (13).

---

(10) Para la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2012 (núm. 182), seguida por otras posteriores, en "esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real… pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza".

(11) Como señala Garrigues Díaz-Cañabate, J., *cit.*, p. 19, en la fiducia "el fiduciante lo juega todo a la pura confianza".

(12) Para la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de noviembre de 2016 (núm. 845), fundamento de derecho vigésimo: "en definitiva, si la normativa civil conduce, según la parte recurrente, a mantener las fincas en la propiedad del acusado, es evidente que ha existido desplazamiento patrimonial y perjuicio, y no puede negarse la concurrencia de la estafa, pues como ya hemos señalado, este desplazamiento patrimonial es consecuencia del error inducido por el engaño pergeñado por el condenado, hoy recurrente. Una vez que se firma la escritura pública se transmite civilmente la propiedad de los bienes, y una vez inscritos en el Registro de la Propiedad, el nuevo titular responde públicamente con esos bienes frente a cualquiera, pudiendo ser objeto de cualquier traba real".

(13) Con todo, la exigencia formal de la escritura pública no tiene carácter esencial –*ad substantiam o solemnitatem*– para la perfección de la transmisión, y tal y como reconoce la sentencia de 14 de abril de 2011 (núm. 234) "sólo cumple la función de medio de prueba –*ad probationem*–

Con todo, se ha de reconocer las limitaciones que pueden surgir de las relaciones entre las partes con motivo del *pactum fiduciae*, y del compromiso, a semejanza de lo que ocurre en los mandatos imperativos (cfr., art. 254 del Código de comercio), del fideicomisario de ejercer los derechos económicos y políticos que confieran las acciones y las participaciones sociales de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente (14). Pero si en el ámbito interno de la relación el fiduciario se sujeta, al menos, a las reglas que dimanan de la confianza, en el ámbito externo, esto es, frente a terceros, y como consecuencia de la transmisión del dominio, mantiene las facultades de disposición sobre los bienes objeto de la fiducia. Por lo tanto, el fiduciario goza de una titularidad material que a su vez crea una apariencia de titularidad dominical, y que permite proteger a los terceros de buena fe por los actos de disposición de aquél (15).

2. La causa del negocio fiduciario *cum amico*, el negocio "instrumental" y los contratos simulados. Delimitado el juego de la atribución de la propiedad en la fiducia *cum amico*, su causa, excluida la validez de los negocios abstractos en un sistema de raigambre causal como el nuestro, se ha de percibir desde la confianza depositada en el fiduciario. En tal sentido, la validez del negocio jurídico se sustenta en la confianza de su buen hacer en el manejo de los asuntos y de la administración de las cosas que le son entregadas. A tal fin, el fiduciario queda legitimado para ejercitar los derechos y facultades inherentes al bien que adquiere, aunque, al menos en el aspecto interno de la relación, haya de hacerlo en interés del fiduciante.

---

y de oponibilidad de la transmisión a los terceros –*ad exercitium o utilitatem*–, en sentido similar al que atribuye a la misma forma el artículo 1279 del Código Civil".

(14) Un caso como el apuntado puede encontrarse en el fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2016 (núm. 353), en el que "la titularidad de las participaciones y acciones que ahora reclaman los demandantes, había sido atribuida a los demandados con el compromiso de ejercer los derechos económicos y políticos de acuerdo con las instrucciones de los demandantes y de restituírselas a estos últimos cuando les fuera requerido".

(15) Sobre esta trascendencia, en favor de terceros de buena fe, De Castro Bravo, F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, 1985, pp. 423-4.

En el ámbito externo tampoco se puede negar que la fiducia sirve para evitar, por distintos motivos, la revelación de la identidad de los fiduciantes, o para conceder al fiduciario la necesaria solvencia para que pueda realizar ciertos actos en nombre propio (16). En todo caso, la causa se ha de objetivar en el contrato, por lo que su indagación no puede guiarse por los meros motivos subjetivos que llevaron al fiduciante a realizar la transmisión, sino por la "causa concreta" de común buscada, lo cual exige, en consideración al negocio fiduciario considerado en su unidad, averiguar el propósito práctico perseguido por las partes. Esto lleva a su vez, en primer lugar, a considerar el "negocio instrumental" que sirve de motor de arranque de la relación y que supone la transmisión del dominio del objeto.

Se habla así en ocasiones de la fiducia como un acuerdo disimulado mediante un contrato simulado de transmisión del dominio, sea a título gratuito, como la donación, o mediante un contrato oneroso, generalmente por compraventa. Esto conduce, por otro lado, a la utilización de la apariencia del contrato simulado para encubrir otro efectivamente querido, como es la fiducia, mediante una simulación relativa (17). Si la fiducia es considerada como un contrato autónomo y válido, por lo tanto, respecto del cual el contrato simulado tiene carácter instrumental, no cabe colegir que dé lugar a una simulación absoluta, de modo que la causa última sea la subsistencia de la realidad jurídica anterior, esto es, que el fiduciante mantenga la propiedad del bien. Cuestión distinta será, en todo caso, que la

(16) Distingue así, Garrigues Díaz-Cañabate, J., *cit.*, p. 17, entre una "solvencia moral", basada en la confianza en la devolución, y una "solvencia material".

(17) Simulación que es reconocida, igualmente, por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2016 (núm. 845), fundamento de derecho decimoctavo, cuando señala que "el condenado recibió las fincas a través de una serie de donaciones simuladas (*simulaciones relativas*), que disimulaban un acuerdo de fiducia fundado en la confianza y en la buena fe de ambas partes (*fiducia cum amico*),… mediante el cual se pretende un negocio jurídico diferente (*negocio interno o disimulado*) al negocio aparente (*negocio externo o formal*), a lo que se añade un pacto entre las partes (*pactum fiduciae*) para reconocer la titularidad real de la cosa, que en este caso fue un pacto verbal por el que los donantes estaban convencidos de que el acusado les devolvería las fincas una vez concluidas las operaciones inmobiliarias que pretendían".

nulidad venga determinada por un defecto en la forma exigida para la realización de este negocio jurídico "instrumental". Piénsese, verbigracia, en el supuesto en el que la fiducia sobre acciones o participaciones sociales tenga su origen en una donación verbal, en la que se requiere la entrega simultánea de la cosa donada, y que, por lo tanto, traslada la cuestión a la esfera probatoria de los contratos; o en la donación en forma escrita, respecto de la cual es necesaria la constancia expresa de su aceptación (*vide* art. 632 del código civil) (18).

(18) Para el caso de la donación de acciones puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2008 (núm. 977), para la cual "es preciso comprobar si ha existido entrega de los bienes donados para reputar existente una donación verbal", y que concluye que no existió tal entrega "pues ni en la propia escritura se hace mención alguna a una supuesta *traditio*, ni por los actos ulteriores que se practicaron en relación con el patrimonio representado por dichas acciones, que siguió administrando la actora (quizás con base en el usufructo que se reservó a su favor en el negocio litigioso), es posible alcanzar tal conclusión". Y para la donación de participaciones sociales puede verse, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2012 (núm. 956/2011), que en su fundamento de derecho tercero considera, "ante la ausencia de norma especial, "aplicable a las participaciones sociales el régimen jurídico general de la donación, contenido en el Código Civil" y, en concreto, el propio de la que tiene por objeto bienes muebles –artículos 333 y 335, en relación con el 632, todos del Código Civil–, lo que, en contra de lo sostenido por las recurrentes, no supone la supresión de requisitos formales, ya que alternativamente ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación y si la donación fuera verbal, realizarse con la entrega simultánea de la cosa donada. Además, si se hace por escrito, como sostiene la sentencia 25/2010, de 3 de febrero, bien que referida a una donación oculta bajo forma de compraventa, deben constar de forma expresa los consentimientos de donar y de aceptar, ya que, en otro caso, resultará de aplicación la doctrina sentada por la sentencia de esta Sala para la donación de inmuebles en sentencia 1394/2007, de 11 de enero, seguida por las posteriores 684/2007 de 20 junio, 956/2007 de 10 septiembre, 236/2008 de 18 marzo, 317/2008 de 5 mayo, 287/2009 de 4 mayo y 378/2009 de 27 mayo". Confróntese, en todo caso, con el artículo 1464 del Código civil, que remite al artículo 1462, para entender entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, y al otorgamiento de escritura pública como modo de entrega si de ella no resulta o se deduce claramente lo contrario, y que en su caso remite a la entrega de los títulos de pertenencia y, por último, al uso que haga el comprador, con consentimiento del vendedor.

Otro tanto cabe decir de aquel supuesto de compraventa cuyo precio sea atendido mediante los préstamos que sean concedidos por la sociedad cuyas acciones sean objeto de transmisión. En tal caso el régimen de asistencia financiera, salvo para el supuesto particular de la adquisición por los trabajadores de la sociedad anónima, impide que las sociedades de capital puedan anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia para la adquisición de sus participaciones sociales o acciones (cfr., arts. 143 y 150 de la ley de sociedades de Capital). Sin perjuicio del régimen sancionador previsto no solo para los administradores de la sociedad infractora, sino también para sus directivos y otras personas con poder de representación que participen en la asistencia, la prohibición comporta la nulidad de la operación. Cuestión distinta será que con ello se vea afectado del contrato de compraventa al que sirve, y la extensión de su nulidad, materia sobre la cual no nos podemos extender aquí (19). Lo que parece indubitado es que la compraventa no puede ser reconducida a una simulación absoluta, ni tampoco que los préstamos efectivamente realizados puedan reputarse ficticios o simulados (20).

También se presenta como una cuestión separada la nulidad del negocio jurídico "instrumental" de la fiducia cuando el consentimiento venga acompañado por alguno de los motivos generales que lo vician: error, violencia, intimidación o dolo (cfr., art. 1265 CC). Respecto de este último, la confianza que sustenta el negocio fiduciario puede ser obtenida a través de palabras o maquinaciones insidiosas de parte del fiduciario, que induzcan al fiduciante a la celebración de un contrato que, sin ellas, no hubiera llevado a cabo. Se ha de estar de nuevo a la función teleológica de la fiducia desde la esperanza para el fiduciante de que su celebración servirá a un fin ulterior-

(19) Al respecto, con diferentes consideraciones, según se trate de adquisiciones "de control" o de activos y de la mera perfección o de contratos de compraventa ya consumados, Gimeno Ribes, M., *Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades: contribución al estudio de la fusión apalancada,* ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 326-7.

(20) Supuesto similar al planteado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2016 (núm. 396), respecto del carácter verdadero y no simulado de los contratos de préstamo, cuando señala que los préstamos mantienen tal consideración siempre que resulte acreditada una obligación de restitución.

mente perseguido, sea en interés propio, como las ventajas que le pueda reportar la reserva de su identidad, como del fiduciario, en caso de conceder a este cierta solvencia mediante la transmisión de la propiedad, o incluso de terceros beneficiarios de los actos realizados por aquél. En este orden de cosas, la confianza se mantiene hasta que finalmente el fiduciario dé a los bienes objeto de la fiducia el destino pactado (21).

3. Finalidad fraudulenta, causa falsa y causa ilícita. Uno de los aspectos más controvertidos del contrato de fiducia y del que pretende dar cuenta este trabajo, a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su Sala Civil, pero también de su Sala Penal, al calor del popularmente conocido caso "Luisito" de Mallorca (22), atañe a las facetas que afectan a la licitud de su causa. Nada impide, en principio, y sirva de botón de muestra el caso apuntado, que la fiducia pueda ser utilizada legítimamente para "ocultar la identidad de los verdaderos compradores y obtener un mejor precio"; esto es, para que, mediante la interposición del fiduciario, el fiduciante pueda, tras la gestión de éste, adquirir la propiedad de un bien que no lograría a un determinado precio, dada su relación con el vendedor (en el caso apuntado, tratándose de un vecino, el potencial vendedor sabía que podía pedir un mejor precio ya que el comprador obtendría una ventaja al poder unir parcelas colindantes) (23). Cierto es que esto mismo se puede lograr a través de

(21) Así lo contempla de Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2016 (núm. 845), en su fundamento de derecho séptimo, cuando reconoce que "los perjudicados hablan de donaciones porque efectivamente estaban donando, y lo sabían. Pero lo hacían engañados, y en eso consiste la estafa. No es que el matrimonio perjudicado no supiese lo que hacía, sino que lo hacía incitado a ello dolosamente, es decir con un vicio esencial del consentimiento que anula los contratos", y en su fundamento de derecho vigésimo acertadamente resuelve la cuestión atendiendo a que "la nulidad de las donaciones no viene determinada por el artículo 1275 del Código civil, ilicitud de la causa, sino por el 1265, nulidad del consentimiento por dolo, imputable al acusado".

(22) En la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2016 (núm. 845 /2016).

(23) Tal y como describe en su fundamento de derecho séptimo: "El matrimonio perjudicado, engañado por el acusado, creía que la única forma para poder obtener el objetivo que pretendían, adquirir determinada finca

la representación indirecta, si bien en ella no tiene lugar ninguna transmisión patrimonial a favor del mandatario ni del comisionista, con lo que éste puede no disponer de la solvencia económica suficiente para acometer la inversión que requiere la gestión que le es encomendada. En tiempos pretéritos también la fiducia fue utilizada por la Iglesia católica con la finalidad de ocultar determinados bienes ante situaciones políticas que podían llevar a la desamortización de su patrimonio (24).

No obstante se ha de reconocer, igualmente, que la fiducia es proclive a servir a finalidades de ocultación patrimonial fraudulentas de los legítimos derechos de terceros que recaigan, en su ejecución, sobre el patrimonio del deudor. La evitación de responsabilidades derivadas de sentencias de divorcio o del régimen que impide que un propietario de una vivienda de protección oficial pueda adquirir otra vivienda de la misma condición legal son ejemplos prácticos de lo que se acaba de apuntar (25). En el caso concreto de la fiducia

---

contigua a sus posesiones por la que tenían gran interés, era convertir al acusado en un titular fiduciario de diversas fincas de su propiedad, para que éste pudiese mostrar ante una entidad bancaria la solvencia necesaria para obtener una hipoteca que los perjudicados no podían obtener por sus escasas relaciones, influencias o dotes sociales, todo ello reforzado por la carencia de fuentes de ingresos fijos para abonar las cuotas. Y, para ello, el acusado les convenció de que las escrituras que le hacían se "mantendrían en un cajón", es decir no tendrían efectividad alguna más allá de mostrar su solvencia a efectos del crédito. Y que, una vez obtenido el objetivo pretendido, les devolvería las fincas, pues la operación era una mera fiducia, basada en la confianza, una donación temporal, con devolución comprometida, y sin pretensión alguna de transferir de modo definitivo la propiedad de sus inmuebles al recurrente. En consecuencia, las advertencias de los Notarios caían en saco roto, pues el matrimonio perjudicado, confiando plenamente en el acusado, y plenamente absorbidos por el engaño, eran inmunes a las consideraciones sobre el riesgo que entrañaban las donaciones. Riesgo que conocían pero no les asustaba porque estaban confiando en una persona en la que creían ciegamente. Las normas de experiencia ponen, desgraciadamente, de relieve que en esta capacidad de generar confianza se encuentra la esencia de la estafa".

(24) Así, con referencia a la ley republicana de 2 de junio de 1933 y a la posterior ley franquista de 11 de julio de 1941, Garrigues Díaz-Cañabate, J., *cit.*, p. 27 ss.

(25) La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2012 (núm. 182), acoge un supuesto de pacto de fiducia *cum amico*

sobre acciones y participaciones sociales la transmisión puede ser utilizada para que el fiduciante escape de las responsabilidades personales dimanantes de expedientes administrativos sancionadores y de reclamación de deudas por la Hacienda Pública y Seguridad Social. De este modo el fiduciante separa de su patrimonio aquellas participaciones en otras sociedades con el fin de evitar su embargo y ejecución forzosa (26).

"para evitar problemas económicos derivados de la ruptura de su anterior relación sentimental", es decir, de un proceso de divorcio; mientras que la de 31 de octubre de 2012 (núm. 648), en su fundamento de derecho segundo, atiende al caso en el que "las partes fiduciante y fiduciaria acuerdan formalizar la escritura de compraventa de un inmueble de protección oficial a favor de esta última para evitar los indeseables efectos que la inscripción de más de un inmueble de tal condición acarrearía a quien vulnera la prohibición legal con tal comportamiento".

(26) Como resulta acreditado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2016 (núm. 353), a tenor del razonamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, "lo decisivo es que la compraventa de participaciones y el otorgamiento de este contrato se hicieron con la finalidad de ocultar la titularidad ante la eventual actuación de los acreedores para obtener el pago". En esta línea, el fundamento de derecho primero de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2016 (núm. 396), recoge las manifestaciones del escrito de demanda, en los siguientes términos: "nuestro mandante tiene articuladas a su alrededor una pluralidad de sociedades de las que era el partícipe mayoritario, a la vez que administrador y gestor social. Por ello, se le hizo saber que podía llegar a responder subsidiaria y solidariamente, con todo su patrimonio -y entre éste las participaciones sociales y acciones de las mercantiles del grupo-, de las sanciones que los dos Órganos público-estatales tuvieran a bien interponer contra las personas jurídicas que administraba y era titular mayoritario, una vez agotados todos los recursos que la Legislación sectorial le permitiese. Una responsabilidad de tipo subsidiaria que crearía, llegado el caso, una situación de hecho en la que podía llegar a desaparecer la estructura empresarial constituida, tal y como se había articulado con tanto esfuerzo y tesón, si finalmente le eran embargadas y posteriormente ejecutadas en subasta pública esas participaciones sociales y acciones del Grupo. Por todo ello y a la vista de lo que sucedería irremediablemente a largo plazo, –su separación matrimonial y su más que posible responsabilidad personal de deudas tributarias elevadísimas–,… accediendo por consejo estricto de personas de su confianza ceder ficticia y temporalmente la propiedad de su negocio, pero manteniendo su control y la unidad del mismo "en la sombra", … Y estos fueron, por lo tanto y en virtud de los hechos expuestos, los motivos por los que nuestro mandante cedió temporalmente

El recurso a la fiducia con finalidad de fraude de los derechos de los acreedores, en el plano externo, confiere a estos la acción pauliana o revocatoria para realizar lo que se les deba o para impugnar la transmisión efectuada (cfr., art. 1.111 Código civil). Es más, cuando la fiducia resulte instrumentada a través de una donación, ante la ausencia de contraprestación y el riesgo que esto comporta respecto de la solvencia del donante, en el caso en que se haya efectuado en fraude de los acreedores, el donatario también responde de sus deudas. En particular, se presume esta finalidad cuando el donante, tras la trasmisión, carezca de los bienes suficientes para atender a las deudas anteriores (*vide* art. 643 del código civil). Seguramente por ello el negocio instrumental más frecuentemente utilizado a estos efectos sea el de compraventa, lo cual lleva, por otra parte, a la cuestión relativa a la simulación del precio.

Desde otra perspectiva, la conducta que se haya de reputar ilícita y que recaiga dentro de uno de los tipos contemplados en el régimen penal acarreará la correspondiente sanción. En tal sentido, la conducta fraudulenta puede derivar en la calificación de la conducta del fiduciante como un delito de alzamiento de bienes, según prescribe el artículo 257 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (27). Desde la posición del fiduciario, parece, asimismo, que el delito de apropiación indebida, en consideración a la falta de entrega de bienes muebles que "hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos" del artículo 253 del Código Penal, sirva para acoger el incumplimiento del fiduciario de la restitución de la cosa

---

en fiducia el control de las sociedades que se encontraban totalmente "limpias"… Una cesión temporal que debía articularse a favor de una persona de su estricta confianza, que a su vez conociese el sector específico en el que desarrollaban la actividad económica del transporte de mercancías".

(27) La eventual utilización de la fiducia para "burlar el principio de responsabilidad patrimonial universal que establecen las leyes, en una actuación que, dependiendo de las circunstancias, podría haber constituido delito de alzamiento de bienes", es admitida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2016 (núm. 353), al paso que el fundamento cuarto de la sentencia de 10 de junio de 2016 (núm. 396) concluye que "a la vista de que los hechos que se han enjuiciado pueden ser constitutivos de infracción penal, procede deducir testimonio de las actuaciones y su remisión al Ministerio Fiscal a estos efectos".

(28). Pero también, cuando el fiduciario falte de forma consciente a la confianza en el momento de celebración del "contrato instrumental", e induzca a su celebración con un *animus lucrandi*, haciendo creer al fiduciante, con engaño, que le será devuelta en las circunstancias convenidas, tal comportamiento puede quedar ubicado en el marco de los elementos tipificadores del delito de estafa (*vide* artículo 248 del Código Penal). Para ello es necesario que al tiempo de celebración del "contrato instrumental" no concurra la voluntad de destinar la cosa en interés del fiduciante o que la evidencia de los hechos demuestre que no vaya a ser así (29).

Pero el centro del debate litigioso en torno de la fiducia lo ocupa, sin lugar a dudas, la existencia de una causa falsa o causa ilícita y los efectos que tal calificación puede entrañar en la obligación de restitución del fiduciario. En principio, ante su atipicidad, y dentro de los márgenes de la autonomía de la voluntad y la tradición

(28) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2012 (núm. 262) considera que el fiduciario se sujeta a la obligación de conservar y devolver el bien o activo patrimonial recibido, por lo que el quebrantamiento de la relación de confianza a través de la acción típica de apropiación del bien es hábil para fundamentar la responsabilidad por apropiación indebida.

(29) De vuelta a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2016 (núm. 845), su fundamento de derecho decimonoveno apunta que "en los casos como el presente, en los que la acción típica no consiste en la apropiación "a posteriori", sino en el engaño previo para obtener los bienes con el pretexto de mantenerlos a disposición de los titulares reales y devolverlos una vez cumplida la finalidad convenida, pero sin intención alguna de cumplir esta obligación de devolución, nos encontramos ante un delito de estafa, ya que el desplazamiento patrimonial se ha conseguido induciendo a error a los titulares de los bienes recibidos"; y considera que "lo que constituye la estafa, como negocio jurídico criminalizado, es que el acusado, hoy recurrente, engañó a los donantes porque no tenía intención alguna de cumplir lo convenido y devolverles las fincas. El acusado disimuló su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que verbalmente se obligaba, que constituían la base del negocio, y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumplió lo pactado y realizó una serie de actos de disposición de los que se lucró y benefició el acusado, que no tenía intención alguna de devolver las fincas sino de aprovechar el traspaso patrimonial mediante escritura pública para hacerlas suyas de manera definitiva, por lo que nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado".

romanista, la jurisprudencia ha venido manteniendo la validez del negocio fiduciario siempre que no auspicie una finalidad fraudulenta (30). La ilicitud de la causa de la fiducia, en los casos en los que contraríe una norma imperativa o la moral comporta la de todo el conjunto contractual considerado en su unidad, de modo que las partes, como consecuencia de su nulidad, no pueden darle efecto ni, en su caso, reclamarse obligación alguna nacida del contrato (art. 1275 CC) (31). Así las cosas, el fiduciario, como propietario del bien, al carecer el negocio de eficacia "inter partes", consolidaría definitivamente la propiedad fiduciaria y no quedaría sometido a su devolución (32).

Se ha de considerar, sin embargo, si la existencia de un fraude para los derechos de los acreedores comporta que la fiducia carezca de causa o bien que ésta sea ilícita. La finalidad fraudulenta, contraria, por lo tanto, a las exigencias de la buena fe y con daño para terceros, contenida en el artículo 7 del Código civil, no debe confundirse a estos efectos con los actos realizados en fraude de ley contenidos en el artículo 6 del Código. En este último caso, con

(30) Entre otras, en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2000, de 5 de marzo y de 16 de julio de 2001, de 17 de septiembre de 2002, de 10 y 13 de febrero y de 31 de octubre de 2003, de 30 de marzo de 2004, de 23 de junio y 27 de julio de 2006, y de 7 de mayo de 2007.

(31) Así, la señera Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1944, de la que fuera ponente D. José Castán Tobeñas, reconoce la validez de los negocios fiduciarios que no sean realizados en fraude de ley en los siguientes términos: "no debe deducirse de esta doctrina que cualquier incongruencia entre la causa expresada y la causa verdadera de la operación o, en general, entre la estructura jurídica y la finalidad económica de la misma, hayan de producir la ineficacia del negocio, pues, por el contrario, puede ser válido y producir sus efectos en el caso de la mera disonancia entre el medio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido por utilización de una vía oblicua o combinación de formas jurídicas entrelazadas que permita la obtención de un resultado no previsto en los cuadros de la ley - negocios indirectos y negocios fiduciarios, válidos cuando no envuelven fraude de ley".

(32) A esta conclusión llegó la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia, que luego fue casada por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2016 (núm. 353), con base en la ilicitud de la causa: "Dada la ilicitud de la causa y, por tanto, del contrato todo, es imposible darle cumplimiento y los demandantes no pueden reclamar a los demandados nada en virtud de dicho contrato".

aplicación de la doctrina los contratos simulados, la norma exige la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, esto es, su adaptación al marco del régimen jurídico aplicable dentro del Derecho de los contratos. Por el contrario, los actos celebrados en fraude de acreedores dan lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas para impedir la persistencia en el abuso (33).

En consecuencia, la fiducia realizada en fraude de los acreedores no carece de causa si mantiene la relación de confianza entre las partes, el fin de administración para la que se crea y, en su caso, proporciona al fiduciario solvencia económica para realizar determinadas gestiones (34). Se ha de plantear entonces si la finalidad fraudulenta de eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante comporta la nulidad del negocio fiduciario por oponerse a las leyes, o bien si con ello se contiene una causa falsa que exija, igualmente su nulidad, aunque con diferente efecto, en virtud del artículo 1276 del Código civil (35).

---

(33) Asimismo, con referencia en el *Trust*, Virgós Soriano, M., *cit.*, p. 168, considera que la utilización del *trust* en perjuicio de derechos de terceros solo provoca la activación de las correspondientes acciones de defensa de esos derechos, como en el caso de cualquier otra institución o vehículo conocido; mientras que De Arespacochaga, J., *cit.*, pp. 71-2, con base en el artículo 172 de *Law of Property Act*, apunta que el trust solo ha de cesar en la medida y en tanto sea necesario para completar el pago de las deudas a los acreedores, por lo que, una vez satisfechas, los beneficiarios tendrán derecho al patrimonio resultante, sin perjuicio de los rendimientos obtenidos por éstos si son considerados terceros de buena fe.

(34) Explícitamente reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 8 de noviembre de 2016 (núm. 845), en su fundamento de derecho vigésimo, que "la cesión de la titularidad de determinados bienes inmuebles a un titular fiduciario no tiene por qué ser una causa ilícita, porque la solvencia que le proporciona es real y efectiva frente a terceros".

(35) La primera opción es la escogida entre nuestra jurisprudencia. Así, como botón de muestra, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2016 (núm. 396), en su fundamento de derecho tercero, señala que "esta Sala, a tenor de la propia demanda transcrita, no puede compartir los pronunciamientos de licitud del negocio fiduciario que realizan ambas instancias. Por el contrario,… esta indisimulada finalidad fraudulenta de eludir la responsabilidad patrimonial del fiduciante, de la que fue participe el fiduciario, comporta la nulidad del negocio fiduciario en cuanto se opone a las leyes en sentido de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil".

4. Nulidad, causa torpe y regla de *nemo auditur*. Parece que esta última opción sea la más plausible, a tenor que la fiducia, como contrato "simulado", sirve a este fin. No es esta una cuestión baladí, puesto que en caso de mediar causa torpe de parte de ambos contratantes ninguno tendría derecho a reclamar el cumplimiento de lo comprometido en el contrato, y toda vez se haya procedido a la entrega, en este caso de las acciones o participaciones sociales, el fiduciario no estaría obligado a su restitución.

De mediar causa ilícita, su conocimiento en principio se habría de atribuir al fiduciante y, en virtud del artículo 1306 del Código civil, una vez transmitida la propiedad, no podrá aquél repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, mientras que el fiduciario podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido. Se excluye sin embargo esta facultad cuando ambos hayan actuado de consuno, y también medie mala fe por parte del fiduciario, en cuyo caso ninguno podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. Consecuencia de la regla *nemo auditur* del artículo 1306 del Código Civil será que el fiduciario mantendrá los bienes entregados, sin que el fiduciante pueda reclamarlos, por participar de la torpeza de la causa. También en consideración a la ilicitud de la causa, si el hecho constituyera un delito común a ambos contratantes, el artículo 1305 de Código civil excluye el ejercicio de cualquier acción entre sí.

Pero, si como parece más apropiado, el contrato fuera simulado en perjuicio de los acreedores, la nulidad del contrato, no por causa ilícita, sino por causa falsa, de modo que ésta se anteponga a la relación interna entre las partes, la cuestión se ha de resolver a través de su efecto sobre el negocio jurídico o mediante la sustitución por la causa verdadera y lícita disimulada (36). Reconocida la existencia de una causa, tal y como *lato sensu* requiere nuestro sistema jurí-

(36) Con todo, Fuenteseca Degeneffe, C., *cit.*, pp. 67 y 185, identifica la causa de la fiducia *cum amico* en la venta con fin de administración; esto es, no existe intención de una venta en firme, sino que el negocio disimulado que subyace bajo la venta simulada es un mandato para administrar. Asimismo, Albaladejo García, M., "El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente", *Actualidad civil*, núm. 4, 1993, págs. 663-675.

dico (cfr., art. 1274 C.c., aun cuando sea como mera liberalidad, y art. 1277 sobre la presunción favorable a su existencia), la expresión de la verdadera causa basada en la confianza, en el mandato de administración, y en la facultad de recuperación de la propiedad del bien justifican, en este punto, la restitución de las prestaciones que sean resultado del negocio fiduciario, y todo ello según las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe (cfr., art. 1258 CC). Es más, el legítimo interés defraudado de los acreedores así lo reclama a fin de reparar el daño que les cause la operativa del contrato de fiducia (37).

Más cuestionable sería, sin embargo, que una causa ilegal permita aplicar la nulidad en estos términos y con ello el deber de los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, tal y como previene el artículo 1303 del Código civil. Piénsese en el caso de la compra fiduciaria para evitar que un propietario de una vivienda de protección oficial pueda adquirir otra vivienda de la misma condición legal, en cuyo caso la restitución, esto es, la entrega de la vivienda, pondría al fiduciante en una situación de ilegalidad. No obstante, esta controvertida cuestión es resuelta por la jurisprudencia imponiendo la recíproca restitución, y soslayando los efectos de la regla *nemo auditur* del artículo 1306 del Código Civil (38).

---

(37) En general, sobre la necesaria distinción entre la causa ilícita y el negocio simulado o celebrado en fraude de acreedores, Saborido Sánchez, P., *La causa ilícita: delimitación y efectos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 306-7, que diferencia, en relación con la causa falsa de un contrato, cuando el contenido obligacional contraviene una determinada norma, que se resuelve por la nulidad absoluta, en aplicación del artículo 1276 del Código civil, del caso en el que se asiente sobre otra causa verdadera y lícita, lo cual da lugar a una simulación contractual, salvo que se trate de un contrato ilícito; y pone como ejemplo el caso de las donaciones ocultas con la intención de perjudicar a los legitimarios, que no queda anuladas, sino que han de ser reducidas hasta el perjuicio causado en la legítima, quedando a salvo la parte restante (cfr., art. 654 y 817 ss. CC).

(38) Exponente de lo anterior son las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo y de 31 de octubre de 2012, que sustentan las posteriores de 30 de mayo y de 10 de junio de 2016, en orden a considerar que "el efecto de la nulidad del pacto fiduciario por ilicitud de la causa no sería, como pretende la recurrente, la inexistencia de acción para las partes sino la obligación recíproca de restitución en los términos a que se refiere el

Seguramente trasluce en esta postura el reconocimiento de una limitación, siquiera de carácter obligacional, en el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes que el artículo 348 del Código civil impone a la propiedad (39). Sobre la base de la existencia de limitaciones a la propiedad fiduciaria, aun cuando solo sean de carácter interno, y en atención al deber de administración requerido en la fiducia como elemento determinante de la causa del negocio, el Tribunal Supremo justifica el mantenimiento de los efectos de la nulidad y la obligación de restitución del fiduciario (40). A todo ello se une que generalmente

artículo 1303 del Código Civil". Con todo, apunta Saborido Sánchez, P., *La causa ilícita: delimitación y efectos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 306-7, p. 405 ss., que el que recibe la posesión en virtud de un contrato con causa ilícita, lo hace en concepto de dueño, pero al carecer de justo título que le legitime para ello, ha de sustentar su derecho en la usucapión extraordinaria de seis años para los bienes muebles (cfr., art. 1955 CC).

(39) Este sentido parece extraerse de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009 y 1 de diciembre de 2010 (núms. 518 y 803) que consideran que en esta "modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica", por lo que "el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza". A este respecto, Cámara Lapuente, S., "Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 654, 1999, pp. 1757-1866, p. 1778 ss.

(40) A este efecto, sobre la subsistencia de la obligación de restitución como consecuencia de la declaración de nulidad, siguen la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en las sentencias mencionadas, de 28 de marzo de 2012 (núm. 182) y de 31 de octubre de 2012 (núm. 648), las posteriores de 30 de mayo y de 10 de junio de 2016 (núms. 396 y 353). La primera, en su fundamento de derecho segundo, ante la reclamación de las participaciones y acciones objeto de la fiducia, expresa que "lo que no se puede pretender es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de *fiducia cum amico* para negar toda eficacia inter partes a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata". De este modo, "los fiduciarios no podían oponer la previsión contenida en el art. 1306 CC respecto de la concurrencia de causa torpe, para eludir el cumplimiento de la obligación de restituir las participaciones y acciones cuya propiedad no llegó a ser realmente transmitida entre las partes, en

la entrega del bien no comporta contraprestación o que el precio pagado por el fiduciario es simulado, con lo cual se trata de atajar un enriquecimiento injusto en favor de este último (41).

5. Las causas extintivas, la devolución del bien, la pérdida del objeto de la fiducia y la restitución por equivalencia. En todo este entramado negocial, en el plano obligacional se mantiene el deber del fiduciario de conservar los bienes y devolverlos, bien a requerimiento del fiduciante, bien en los casos contractualmente previstos, sin perjuicio de la posibilidad de que la entrega se haya de realizar en beneficio de un tercero (42). Así, la relación de confianza hace que este contrato tenga carácter *intuitu personae*, y que, por lo tanto, la muerte del fiduciario obligue a su restitución (43). Al mismo, tiempo, este *instiutu personae* también faculta al fiduciante para que, ante la pérdida de la confianza que en su día tuviera en el fi-

---

un sistema de transmisión de la propiedad causalista como el nuestro". La segunda, por su parte, en su fundamento de derecho tercero, en atención a "la finalidad de la transmisión de las acciones (disimulada bajo compraventas) para fines de mera titularidad formal, que no real, del fiduciario", conviene que "la declaración de la ilicitud de *causa fiduciae* no opera la excepción del efecto restitutorio, propia de la regla *nemo auditur* del artículo 1306 del Código Civil".

(41) Asimismo, siguiendo al profesor Albaladejo, Fuenteseca Degeneffe, C., *cit.*, p. 231. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2016 (núm. 353) añade, en su fundamento de derecho segundo, que "el art. 1306 CC no es aplicable cuando la nulidad se funda en ser simulado el contrato, ni tampoco si uno sólo de los contratantes entregó algo, que es lo que ocurrió en este caso. En virtud del contrato de fiducia las participaciones y acciones se pusieron bajo la titularidad de los demandados, sin que hubiera mediado contraprestación de clase alguna".

(42) Según se desprende del fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 (núm. 1012), "el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista".

(43) Acerca de la declaración de resolución del contrato de fiducia, al darse la causa extintiva del fallecimiento del fiduciario, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2016 (núm. 396), en su fundamento de derecho primero.

duciario, reclame la devolución del objeto entregado o, en su caso, la entrega al beneficiario que conste en el contrato o que quiera señalar al efecto (44).

La obligación de conservar los bienes y devolverlos en su momento conforme a lo acordado, por lo tanto, se basa únicamente en la confianza que el fiduciante deposita en el fiduciario en que éste cumplirá lo acordado. Ahora bien, la adquisición del dominio del bien, en el plano externo, faculta al fiduciario, frente a terceros de buena fe, para la realización de cualquier acto de administración, inversión o incluso de disposición sobre tales bienes, aun cuando suponga un incumplimiento de sus obligaciones fiduciarias, que solo podrán ser reclamadas por la vía de las reglas del incumplimiento contractual. Otro tanto se puede decir de la obligación de devolución del bien objeto de fiducia. Así, la asunción de las responsabilidades derivadas de la gestión y de la imputación de las pérdidas recae sobre el fiduciario, lo cual no obsta para reconocer que las deudas, verbigracia, por derechos reales sobre un bien inscrito en un registro público u otros embargos sobre el bien, tendrán una repercusión patrimonial en el fiduciante. Quizá en este punto pueda ser considerada la discrecionalidad de la que gozan los administradores de las sociedades de capital en las decisiones de gestión empresarial, sobre la base de una actuación "de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado" (cfr. art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital). O también, desde otra perspectiva, la "malicia, abuso de facultades o negligencia grave" para la reclamación por actos de gestión de un socio colectivo (cfr., art. 144 del Código de comercio) (45).

Asimismo, los aumentos de valor se han de entender en favor último del fiduciante, sin que el fiduciario tenga derecho sobre los mismos (cfr., art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital respec-

(44) Asimismo, lo sitúa en la órbita de los negocios llamados *intuitu personae*, sobre la base de la confianza, Garrigues Díaz-Cañabate, J., *cit.*, pp. 18-9.

(45) Por todos, Embid Irujo, J. M., "La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226", en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo* (coord. L. Hernando Cebriá), ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 105-133.

to de las reglas de liquidación del usufructo de las acciones o de las participaciones sociales). Otro tanto se ha de apuntar para el deterioro del valor de las acciones o participaciones sociales que sean objeto de fiducia, en tanto que la confianza depositada en el fiduciario comporta el riesgo de su depreciación. Cuestión distinta será, sin embargo, que la fiducia comporte reglas específicas en las relaciones internas, tales como la de sometimiento del fiduciario a las instrucciones del fiduciante en el ejercicio de los derechos económicos y políticos derivados de la titularidad de las acciones o de las participaciones sociales (46).

Otro aspecto especialmente sensible de la relación de fiducia, asociada a un "contrato instrumental", tiene que ver con las contraprestaciones de las partes. En cuanto a los gastos de conservación de la cosa y de devolución parece lógico pensar que deberán ser satisfechos por el fiduciante al tiempo de la devolución, incluso a falta de pacto y salvo que pueda el fiduciario verse compensado por los rendimientos que genere mientras sea de su propiedad (47). El problema viene dado en mayor medida respecto del "contrato instrumental" y su carácter "simulado" del contrato de fiducia. Cuando la fiducia se articule a través de un contrato de donación, la ausencia de contraprestación por parte del fiduciario excluye cualquier derecho de reclamación de devolución del precio al tiempo de la restitución de la propiedad.

Ahora bien, cuando tenga lugar a través de un contrato de compraventa, parece oportuno considerar si el precio también resulta "simulado" o su procedencia a efectos de determinar si la restitución de la propiedad ha de ir acompañada de la devolución del precio a fin de evitar la existencia de un enriquecimiento injusto en favor del fiduciante(48). No es esta una cuestión convenientemente resuelta

(46) *Vid.* nota *ut supra* 14.

(47) Sobre la obligación del fiduciante de abonar los gastos ocasionados a los fiduciarios por el ejercicio de la titularidad de las acciones y de las participaciones sociales, así como los que, en su momento, se generen por la retransmisión de las acciones y participaciones al fiduciante, véase el fundamento de derecho primero de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2016 (núm. 353), y, en particular, el razonamiento jurídico cuarto de su Auto aclaratorio de 16 de septiembre de 2016.

(48) Con diferentes consideraciones en torno a la existencia de un enriquecimiento sin causa, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil,

en nuestro sistema a tenor del carácter preminentemente atípico del contrato, si bien se pudiera pensar, en buena lógica, que el fiduciario pueda recurrir a este principio general del derecho y fuente de la obligación de reparar y restituir la atribución patrimonial producida sin causa. Y ello aun como acción subsidiaria cuando no pueda acudir a una acción específica y de otro modo no haya podido obtener un adecuado resarcimiento (49). Si no fuera así, el fiduciante vería aumentar injustificadamente su patrimonio, al paso que el fiduciario soportaría un correlativo detrimento patrimonial en principio no compensado, a falta de retribución por esta relación de confianza, y siempre que su empobrecimiento no sea expresamente consentido (50).

---

de 28 de marzo de 2012 (núm. 182), en su fundamento de derecho cuarto, parte de la existencia de una cuenta común de los litigantes a la cual está asociado el pago del préstamo hipotecario; y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Penal, de 8 de noviembre de 2016 (núm. 845 /2016), en su fundamento de derecho vigésimo, reconoce que "el acto de disposición patrimonial en la estafa no tiene que ser necesariamente válido desde el punto de vista civil, si produce un empobrecimiento efectivo de la víctima, ni el perjuicio tiene que ser obligatoriamente irreparable por vía del ejercicio de acciones de nulidad. La doctrina jurisprudencial admite la concurrencia de estafa en casos en que el sujeto pasivo pretendía obtener un beneficio ilícito (timo de la estampita)".

(49) Con la jurisprudencia allí citada, *in extenso*, en la Sentencia del Tribunal Supremo 19 de febrero de 1999 (núm. 121).

(50) También reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de septiembre de 2010 (núm. 559), en su fundamento de derecho séptimo, que nuestro ordenamiento positivo no regula de forma específica el enriquecimiento injusto, no obstante las manifestaciones normativas contenidas en los artículos 1158 y 1145 del Código civil. En este sentido, únicamente el apartado noveno del artículo 10 CC, en el ámbito específico del Derecho internacional privado, contempla de forma expresa que "*En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia de valor patrimonial en favor del enriquecido*". Todo ello debe ser completado con el borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference –DCFR–*) que dedica de manera amplia su libro VII al enriquecimiento injusto. Al respecto, Sabater Bayle, E., "Libro VII. Enriquecimiento injustificado", *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, ed. Bosch, Barcelona, 2011, pp. 477-498, y Ricart Martí, E., "El enriquecimiento injustificado en el *draft CFR*", *Derecho contractual europeo: Problemática, propuestas y perspectivas*, (coord. Bosch Capdevila), ed. Bosch, Barcelona, 2009. pp. 321-346.

En el supuesto en el que acaezca la pérdida de los bienes entregados la obligación de retransmisión se sustituye por una obligación de cumplimiento por equivalencia (51). Para el caso de acciones o participaciones sociales, en cuanto sea posible, el fiduciario habrá de entregar otras que sean de la misma "especie y calidad", esto es, de la misma clase (solución prevista por el artículo 131 de la Ley de sociedades de capital para el pago de compensaciones en relación con las reglas de la liquidación del usufructo sobre acciones o participaciones sociales). Con carácter general, también el artículo 1307 del Código civil establece que cuando el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir el valor que tenía al tiempo de su pérdida, con los intereses devengados desde entonces, y los frutos percibidos.

Todo ello parece acorde al esquema de las relaciones fiduciarias. Ahora bien, cuando la pérdida tenga lugar sin culpa del fiduciario y si de forma implícita se admite la existencia de limitaciones en su propiedad, parece conveniente estar a las reglas de la *res perit domino* para atribuir el riesgo de la pérdida. Aun y con esto, si se toma como referencia la posición del depositario, el artículo 306 del Código de comercio no solo le atribuye los menoscabos, daños y perjuicios causados por su malicia o negligencia, sino también los que resulten de la naturaleza o vicio de las cosas. Únicamente la conducta diligente del depositario para su evitación y la comunicación inmediata al depositante una vez se manifieste la posibilidad real del daño permiten la exclusión de su responsabilidad. En este caso, el deber de custodia que incumbe al depositario, y que igualmente forma parte de los deberes fiduciarios, se superpone a la extinción de la obligación del deudor que previene el artículo 1182 del Código civil para el caso de su pérdida o destrucción, si no media culpa de su parte y éste no se hallare en mora. En todo caso, el artículo 1183 del

(51) Esta cuestión es parcialmente resuelta en el razonamiento jurídico sexto del Auto aclaratorio del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2016 de la sentencia de 30 de mayo de 2016 (núm. 353), en el sentido que "el hecho de que aquellas acciones ya no existieran, no excluye que se pueda reconocer el derecho de los demandantes a que se les entreguen, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia esta condena de dar cosa específica se transforme en un cumplimiento por equivalencia".

Código civil mitiga este efecto y establece la presunción *iuris tantum* de reconocimiento de la culpa del deudor cuando la cosa se pierda estando en su poder.

De las consideraciones anteriores cabe plantearse la obligación de restitución del fiduciario sólo cuando mediante su actuación no hubiese podido evitar la pérdida del bien, de conformidad con la diligencia que le es exigible y dentro la actuación que le impone su obligación de custodia. Pero en tal caso bien pudiera aducirse, de contrario, que quien tenga derecho a las utilidades de la cosa, al menos en apariencia, esto es, el fiduciario, haya de asumir, igualmente, los riesgos de su pérdida o deterioro (*qui sentit commodum, sentire debet et incommodum*). Con todo, esta solución no se presenta de forma tan nítida en el caso de las acciones y de las participaciones sociales, donde el fiduciario puede quedar sometido al cumplimiento de las instrucciones del fiduciante para el ejercicio de los derechos políticos y económicos que puedan derivarse de su tenencia. A la postre ello puede derivar en la retención de los beneficios en la sociedad y en la falta de distribución de dividendos en su favor (52).

D) CONCLUSIÓN

El contrato de fiducia, en su modalidad de fiducia *cum amico*, no obstante su raigambre romanista, y a falta de un régimen jurídico específico, ha de quedar ordenado sobre las específicas relaciones entre las partes, merced al principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro sistema jurídico. Pero la naturaleza del contrato exige la identificación de una causa y ésta, a su vez, se ha de reconocer desde la perspectiva de la confianza que el fiduciante deposita en el buen hacer del fiduciario en el manejo de los asuntos y de la administración de las cosas entregadas. Esto, con todo, le puede

(52) Como referente puede verse, pese a sus diferencias con la fiducia, la figura del trust anglosajón. Sobre la distinción entre la separación de la titularidad del patrimonio del *settlor* mediante su afectación, las limitaciones en el aprovechamiento de los bienes por parte del *trustee* y la responsabilidad patrimonial, que recae en los beneficiarios, Hansmann, H./ Mattei, U., "Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *New York University Law Review*, vol. 73, núm. 2, 1998, pp. 434-479, p. 438 ss.

reportar al fiduciario determinadas ventajas derivadas de la titularidad que adquiere sobre los bienes objeto de la fiducia y de la mayor solvencia que este patrimonio le confiere frente a terceros.

En esta dualidad entre la "titularidad aparente" y la "titularidad oculta", y la "titularidad real" y la "titularidad efectiva", se han de distinguir, asimismo, las relaciones internas entre el fiduciante y el fiduciario y las externas que éste último pueda mantener con terceros de buena fe. Si el fiduciario queda legitimado para ejercitar los derechos y facultades inherentes al bien que adquiere, en el aspecto interno de la relación la fiducia impone que haya de hacerlo en interés del fiduciante. En el aspecto procesal de la relación, por otra parte, se reconoce una suerte de inversión de la teoría del título y el modo, que permite identificar un contrato traslativo del dominio, de carácter instrumental, y luego la consiguiente obligación de actuación del fiduciario según los criterios establecidos en el contrato y, subsidiariamente, según las exigencias de la buena fe y de la confianza depositada. Estos criterios exigen que el fiduciario dé a los bienes el destino para el cual le sean entregados y llegado el momento, en su caso, proceda a su restitución.

En este juego de relaciones externas e internas, la fiducia, como contrato atípico, debe ser integrada correctamente con las soluciones legales, en particular en lo que atañe a la utilización fraudulenta de la figura en perjuicio de los acreedores del fiduciante. Si bien no se puede mantener la ilicitud *per se* de la figura, tampoco conviene en este caso equiparar la falsedad de la causa con la causa ilícita o torpe. Las doctrinas de la simulación relativa de contratos y de los negocios indirectos pueden arrojar luz sobre este tema. Por lo tanto, se puede deducir que, en los casos de fraude a los acreedores, el recurso a la medida de la nulidad, a fin de reparar el perjuicio que les sea causado, haya de comportar la recíproca restitución de las presentaciones habidas entre las partes, sin que sea de aplicación, por lo tanto, la regla de *nemo auditur*. En particular, cabe apreciar tal perjuicio cuando el "contrato instrumental", sea una donación, sea una compraventa, no imponga una equivalencia de prestaciones en favor del fiduciario.

Patrocina esta solución, además, el reconocimiento de una limitación de carácter obligacional en el derecho de gozar y de disponer que emana de la "propiedad fiduciaria". Ahora bien, ello no debe obstar, al menos frente a terceros de buena fe, la facultad de dispo-

ner del fiduciario, a fin de no desconfigurar la naturaleza negocial de la figura, ni reconocer un "derecho real" al fiduciante sobre la base de la existencia de una mera "propiedad aparente". El derecho del fiduciante solo se basa en la confianza en que el fiduciario cumplirá lo prometido, y se resolverá, en su caso, por vía de las soluciones legales que respondan a un incumplimiento contractual, al igual que tiene lugar, *sensu contrario*, respecto del título del comprador que obliga al vendedor a la entrega de la cosa.

Por último, a efectos de restitución de las prestaciones entre las partes, conviene tener presente, en particular cuando la fiducia se articule a través de una compraventa, y por la relación de confianza existente hasta entonces, que la nulidad no puede suponer enriquecimientos injustificados en favor de cualquiera de ellas. Esa consideración puede entrañar una dificultad añadida cuando la fiducia recaiga sobre acciones o participaciones sociales. La imputación de gastos, la atribución de beneficios y la asunción de los riesgos de pérdida de la cosa exigen atender a la peculiar relación interna que resulta para ambas partes con motivo del negocio fiduciario. Su atipicidad exige una correcta integración analógica desde las normas generales y particulares que rigen nuestro Derecho de obligaciones y contratos; pero en este punto también han de tomarse en consideración las aportaciones provenientes del régimen societario en sede de negocios sobre las acciones y participaciones de las sociedades de capital.

DOMINGO IRURZUN, DESCANSE EN PAZ

Cuando se conoce a una persona en algunas situaciones, momentos o fases de la vida a las que se atribuye importancia, la actitud a tomar puede ser varia. En el caso de Domingo Irurzun Goicoa no veo otra actitud que la de mostrar agradecimiento.

Sin conocerme de nada le escribía desde Jódar pidiéndole día y hora para que en su estudio notarial, en Valencia, fuera asaeteado por mí con preguntas, con dudas, estaba preparando entre notarios.

Durante mi reincidencia, segunda entre notarios, sabedor de su hombría de bien me presenté en su Notaría: "Domingo, solo decirte que estoy preparando la oposición solo, sin grupo". Y es que era miembro del tribunal calificador.

En mi toma de posesión, en Madrid, asistió junto al entonces Decano, Julio Albi.

A lo largo de los años, trabajos que yo enviaba para su publicación en la Revista de Derecho Notarial, recibían cordial acogida y revisión justa en su etapa de Secretario de la misma.

Y en mi etapa, que ya supera los diez años, al frente de la actual Revista Jurídica del Notariado y de atención al Servicio de Publicaciones del Consejo General del Notariado, sus visitas semanales (los miércoles) para –sobre la marcha– leer las Resoluciones que Antonio Tizón le preparaba en carpeta ad hoc, y llevarse (en su cartera: "Mis documentos") las que consideraba de interés, no las olvido.

La semana anterior a su fallecimiento fue el último miércoles que estuvo: con un andador y con la ayuda de una de sus hijas y de un

cuidador. No faltó y su último trabajo en este Número 100 aparece (su capacidad de síntesis era extraordinaria, como su modestia: su obra de Derecho de Sucesiones, invito a que profundicen en ella, y se fijen en su título). Su conferencia sobre el artículo 639 del Código Civil, admirable, como lo es el estudio acerca de la figura del precepto, de Antonio Rodríguez Adrados: se lee uno y se lee otro y "me convencen ambos y llegan a conclusiones distintas". Y es que estamos ante JURISTAS.

Domingo Irurzun, nada menos que todo un hombre.

Víctor M. Garrido de Palma